

الجامعة الإسلامية ــ غزة
عمادة الدراسات العليــا
كلية الشريعة والقانــون
قســم الفقــه المقــارن

أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي

إعداد الطالبة
منال جهاد أحمد خلة

إشراف فضيلة الدكتور
ماهر أحمد راتب السوسي

قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
من كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة

1429هـ ــ 2008م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿مَا فَرَّطْنا في الْكتَاب من شَيء﴾[1]

[1] - سورة الأنعام من الآية (38)

الإهداء

إلى مَنْ ربي اصطفاه، وأشتاق لرؤاه، وعلى حوضه لقاه، وأتمنى سقاه. . . الحبيب محمد ﷺ.

إلى البدر المنير الذي أدعو ربي في الفردوس لقاه. . . أبي.

إلى عبير الود والشوق الذي أحنو. . . أمي.

إلى ربيع عمري، ونسمة صيفي، ودفئ شتائي. . . إخواني وأخواتي.

إلى من تمنيت بعد النبي ﷺ وصحبه السير على خطاه فضيلة الشيخ محمد محمد خلة

إلى العلياء التي بها أسمو. . . عائلتي.

إلى من طلبوا العزة في الإسلام والعلا في العلم الشرعي

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

أسجد لله شكراً على نعمه وآلائه وأن أعانني على إتمام هذا العمل، وانطلاقاً من قول النبي ﷺ "**مَنْ لاَ يَشْكُرِ النَّاسَ لاَ يَشْكُرِ اللَّهَ**"[2] ومن إسناد الفضل إلى ذويه أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى فضيلة الدكتور: **ماهر أحمد راتب السوسي** الذي تفضل بقبول الإشراف على بحثي، وأولاني كل اهتمام ورعاية جعله الله في ميزان حسناته.

وأتقدم بالشكر والعرفان إلى فضيلة الدكتور: **مازن إسماعيل مصباح هنية** وفضيلة الدكتور:**ماهر حامد محمد الحولي** على ما منحاني من وقتهما، وتواضعا بقبول مناقشة بحثي جعله الله في ميزان حسناتهم.

كما وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى جامعتي الغراء والقائمين عليها وعلى رأسهم رئيس الجامعة فضيلة الدكتور: **كمالين كامل سعيد شعث**، وإلى كليتي العظيمة والقائمين عليها وعلى رأسهم عميد الكلية فضيلة الدكتور: **ماهر حامد الحولي**، وإلى القائمين على الدراسات العليا وعلى رأسهم عميد الدراسات العليا فضيلة الدكتور: **زياد إبراهيم مقداد**.

والشكر الجزيل والعرفان والتقدير إلى أساتذتي في الجامعة، وإلى كل من علمني ولو حرفاً.

وأتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ الشيخ: عبد الباري محمد خلة على الاهتمام المتميز الذي أولاني إياه، فقدم لي النصح والإرشاد، أسأل الله له طول العمر في سبيل الله.

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير إلى كل من ساهم في إخراج هذا العمل على هذه الصورة.

وأخيراً وانطلاقاً من قوله تعالى " **خِتَامُهُ مِسْكٌ**"[3] أشكر لجميع الحضور اهتمامهم وحضورهم، ثقل الله ميزان حسنات الجميع.

والله الموفق الهادي إلى سواء السبيل.

وصلى الله على المعلم الهادي سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

[2] - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة عن رسول الله، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، ح1954، (445)، صححه الألباني.

[3] - سورة المطففين من الآية (26).

ملخص البحث

الحمد لله حمد الشاكرين على ما خولنا من نعمه وآلائه، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحـده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً صلى الله عليه وسلم، نبيه ورسوله ومصطفاه.

أما بعد،،،

فمن رحمة الله تعالى بالناس أن أرسل سيدنا محمداً صلى الله عليه وسلم بتشريع كامـل، لا يعتريه النقص، كيف والله تعالى يقول: ﴿**مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَـيْءٍ**﴾ [(4)]، ومـن هـذه التشريعات تشريع ينظم المعاملات بين الناس، والتشريع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان؛ لذا لم يقف الإسلام أمام العلم والتطورات عبر الزمن بل تجده سبقها جميعاً، والله قيض لكل عـصر من يكشف الستار عن المستجدات فيه، وظهرت في عصرنا مستجدات كثيرة من ضمنها عقـود أطلق عليها علماء القانون **(عقود الإذعان)**، وهذا البحث المتواضع يـأتي إلـى جانـب جهـود العلماء الأفاضل في الكشف عن تلك العقود.

وقد جاء هذا البحث في ثلاثة فصول وخاتمة على النحو التالي:

أولاً: الفصل التمهيدي: تحدثت فيه عن العقود بصفة عامة، ويتكون من ثلاثة مباحث، حيـث تناولت تعريف العقد في اللغة والاصطلاح، وبينت أركان العقد وشروطه؛ إذ تكلمت عن أركـان العقد الثلاثة الصيغة والعاقدين والمعقود عليه، وبيَّنتُ شروط قابلية كل ركن للتعاقد، ثـم بينـت حكم العلماء في الشروط المقترنة بالعقد، وتناولت التطور التاريخي للعقـود، ونظـرة الـشريعة للعقود المعاصرة، و الصعوبات التي تواجه الفقه الإسلامي في العقـود المـستجدة، والـضوابط العامة للحكم على هذه المستجدات.

ثانياً: الفصل الأول ماهية عقود الإذعان: تناولت فيه عقود الإذعان من حيث الماهية لإزالة بعض الغموض عنها، ويتكون هذا الفصل من أربعة مباحث؛ تناولت في المبحث الأول تعريـف الإذعان في اللغة والاصطلاح، وتوصلت لتعريف له وهو (العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله دون مساومة أو تغيير في شروطه) ، ثم ذكرت بعضاً مـن تعريفـات عقـود الإذعـان عنـد القانونيين؛ وذلك لأنهم أول من اصطلحوا عقود الإذعان، ثم بينت سبب تسمية تلك العقود بهـذا الاسم، وجاء المبحث الثاني يزيل بعضاً من الغموض عن تلك العقود؛ إذ تحدث عـن أركانهـا وخصائصها، فبَينتُ ما ميزها عن أركان وخصائص غيرها من العقود، ثم كان المبحث الثالـث الذي تناول طبيعة عقود الإذعان وأقسامها؛ فتحدثت فيه عن طبيعة عقود الإذعان فـي القـانون

---

[4] - سورة الأنعام من الآية (38)

أولاً من حيث كونه قانوناً أو عقداً، ثم بينت أنه عقد من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وما وقع من خلاف في طبيعتها في القانون لم يقع هذا الخلاف في الشريعة الإسلامية، وذلك لاختلاف نظرة الشريعة للعقد عن نظرت القانون له، فاختلف تعريف كل منها عن الآخر، فكان الخلاف المذكور في القانون، ثم قسمت عقود الإذعان بحسب اعتبارات مختلفة، ثم جاء المبحث الرابع ليحكم على عقود الإذعان ويتناول أقوال العلماء فيها، وتكلم عن تدخل أصحاب السلطة في عقود الإذعان لحماية الطرف الضعيف.

ثالثاً: الفصل الثاني صور عقود الإذعان وعلاقتها بغيرها: وجاء هذا الفصل ليكشف عن بعض العقود التي تعتبر إذعاناً، ويتكون من مبحثين، المبحث الأول تناول بعض صور عقود الإذعان وما يشبهها من العقود التي نتعامل بها في الوقت الحاضر، ثم جاء المبحث الثاني ليتناول علاقة عقود الإذعان ببعض العقود الأخرى.

ثم جاءت الخاتمة وتناولت أهم النتائج التي توصلت إليها، ومن أهمها أن عقود الإذعان حقيقية جائزة وما يكون غير ذلك فيرجع إلى شيء يقدح في العقد لا لكونها عقود إذعان،ثم التوصيات.

Summary

This research discussed the rules of capitulation contracts in the Islamic jurisprudence. It consists of three chapters and conclusion.

Introductory chapter:

This chapter talks in general about contracts. It is divided into three sections.

The first section mentioned the definition of contract.

The second section concentrated on the pillars of contract and its conditions, discussing the three pillars of contract : form and the two parties of contract, and the condition of every pillar. Also, this section showed the judgment of scientists on the conditions related to the contract and their division of it regarding the correctness and incorrectness.

The third section discussed the historical development of contracts and the views of Moslem law (constitution prescribed by Allah) about the contemporary contracts. Moreover, it talked about the difficulties that faces the Islamic jurisprudence in the new contracts and the general controls for judging on these new contracts.

First chapter:

Entitled by the nature of capitulation contracts and their relation to the other contracts. This chapter talked about the nature of capitulation contracts just for removing some sort of ambiguity on it . this chapter consists of four section .

The first section specialized in the definition of capitulation in the language then the definition of capitulation contracts in term logy. After discussing these definitions, I wrote my own definition. Also this section mentioned some definitions for capitulation contracts according to the law specialists because they were the first who defined it.

The second section concentrated on removing the ambiguity on these contracts. So it talked about their pillars and characteristics also it showed what differentiates it from the other contracts.

The third section talked about the nature of capitulation contracts and their types. So it explained the nature of capitulation contracts in law as being constitution or contract. Later it was clear that it is a contract from the Moslem law point of view. This difference was clearly discussed as a difference between both the law and Moslem law. Then this section showed the division of capitulation contracts according to different criteria.

The fourth section came to judge on the capitulation contracts and to mention the views of scientists about it. Also it talked about the intervention of rulers in capitulation contracts to protect the weakened party of contracts

Second chapter:

Entitled by the forms of capitulation contracts and its relation to the other contracts. It is divided into two sections.

The first section discussed the forms of capitulation contracts and similar contracts that we deal with in these days.

The second section illustrated the relation between contracts of capitulation with other types of contracts.

Conclusion:

It was about the results and recommendations.

Then comes the general contents beginning with verse content. After that the references. Finally the subject contents.

مقدمة

الحمد لله الموصوف بصفات الكمال، المنزه في جلاله عن التشبيه والمثال، فسبحانه من إله نطقت بوحدانيته عجائب مخلوقاته، وشهدت بقدرته بدائع مصنوعاته.

أحمده تبارك وتعالى حمد الشاكرين على ما خولنا من نعمه وآلائه، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً صلى الله عليه وسلم نبيه ورسوله ومصطفاه.

أما بعد،،،،

إن الدين الإسلامي جاء من لدن حكيم خبير، فجاء التشريع ملبياً لاحتياجات الفرد والجماعة .

وقد خلق الله الناس جماعات ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا** ...﴾[5]، وجعل الأفراد يحتاج بعضهم لبعض، فشرع الله تعالى الكثير من الأحكام ومنها أحكام العقود .

هذا، وإن الأصل في العقود التراضي لقول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[6]، وأن محل العقود من سلع وخدمات ومنافع تُقدمها جهات متعددة، مما يزيد المنافسة بينها في عرض محل العقد، ويتيح الفرصة أمام الناس للاختيار الحر والمساومة في الأسعار.

ومع التطور الحياتي والاقتصادي والتكنولوجي ظهرت أنواع من العقود لسلع وخدمات تسيطر عليها الحكومات، أو تمنحها لمؤسسة ما دون غيرها، فلا نجد الخدمة أو السلعة إلا في هذه المؤسسة، مع أن تلك السلع والخدمات من ضروريات الحياة الحديثة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فتضع تلك المؤسسة الشروط كما تريد بالثمن الذي تحدده، ويجد القابل نفسه مضطراً للانضمام لتلك العقود، ولا يستطيع التغيير أو المناقشة في الشروط أو الثمن، وقد يفاجأ بأحد تلك الشروط بعد انضمامه للعقد، ومن تلك العقود ما أطلق عليه أهل القانون **(عقود الإذعان)** وأصبح هذا المصطلح متداولاً بين الناس.

---

[5] - سورة الحجرات من الآية (13)

[6] - سورة النساء من الآية (29).

طبيعة الموضوع:

الموضوع دراسة فقهية في باب فقه المعاملات في موضـــوع العقــود، تخــص **عقـــود الإذعان**، فتكشف عن حقيقتها، وتبين موقف الفقه الإسلامي منها، وحكم العلماء عليها، وتؤصـــل لتلك العقود، فتكشف عن سعة ومرونة وقدرة الشريعة في التعاطي مع كل مستجد.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع فيما يأتي:

1- عقود الإذعان تختص بالسلع والخدمات الحياتية التي يحتاجها النـــاس، ولا غنـــى لهـــم عنها.

2- انتشار تلك العقود في المجالات المختلفة يستدعي ضرورة بيان موقف الفقه الإســـلامي منها.

3- الحديث عن عقود الإذعان بَين مدى مرونة الفقه الإسلامي، وتمكنه من اســـتيعاب كـــل مستجدات العصر.

4- بيان وجه الفرق بين حكم القوانين الوضعية على عقود الإذعان وحكم الإسلام فيها.

سبب اختيار الموضوع

أهمية الموضوع وعدم الاستغناء عن تلك العقود سبب في اختياره بالإضافة إلى:

1- بيان موقف الشريعة الإسلامية من تلك العقود حيث المصطلح غربـــي ابتدعـــه أهـــل القانون.

2- شدني سيطرة الموجب على تلك السلع والمنافع بحيث لا يوجد منافس له، فيـــتحكم فـــي الشروط والسعر، الأمر الذي حدا بي أن أكتب في هذا الموضوع.

3- أغلب تلك العقود يكون القابل فيها الطرف الضعيف؛ لذلك يشعر بظلم تلك العقود عليه، وهذه الدراسة محاولة للتخفيف من أثر تلك الشروط.

4- رغبتي في تنبيه الجهات المختصة بالإجحاف الذي يقع من بعض تلك العقود.

5- رغبتي في المساهمة في إخراج كتاب مستقل يوضح للناس حقيقة تلك العقـــود وبيـــان أحكامها.

الجهود السابقة في هذا الموضوع

1- بالرجوع إلى خزانة الفقه وإلى الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت) لم أعثر على كتاب مستقل – فيم أعلم- يتناول مفردات الموضوع.

2- بعض الأبحاث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عشرة المنعقدة في الدوحة والتي نشرت في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد الرابع عشر، واطلعت عليها غير أنها لا تفي بالمطلوب، الأمر الذي شجعني على الكتابة في هذا الموضوع.

3- وجود دراسات قانونية تناولت في طياتها الحديث عن تلك العقود.

4- إنني لا أزعم أنني أتيت بجديد وسبقت غيري إليه، إلا أن لي الشرف أن قمت بالإسهام بدراسة هذا الموضوع خدمة لدين الله تعالى ثم لطلبة العلم الشرعي.

خطة البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصل تمهيدي وفصلين وخاتمة على النحو التالي:

الفصل التمهيدي
مفهوم العقد وأركانه

ويتكون من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم العقد

المبحث الثاني: أركان العقد وشروطه

المبحث الثالث: التطور التاريخي للعقود ونظرة الشريعة للعقود المعاصرة

الفصل الأول

ماهية عقود الإذعان

ويتكون من أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم عقود الإذعان

المبحث الثاني: أركان عقود الإذعان وخصائصها

المبحث الثالث: طبيعة عقود الإذعان وأقسامها

المبحث الرابع: حكم عقود الإذعان

الفصل الثاني

صور عقود الإذعان وعلاقتها بغيرها

ويتكون من مبحثين:

المبحث الأول: صور عقود الإذعان

المبحث الثاني: العلاقة بين عقد الإذعان والعقود المشتبهة به

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي للموضوع، وأهم التوصيات.

منهج البحث:

1. اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي الاستنباطي وذلك بتحقيق المسائل من خلال الرجوع إلى مراجعها الأصلية في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين، ومن ثم تأصيل هذه المسائل بأدلتها الشرعية.
2. بيان الرأي الراجح عند الفقهاء في المسائل المختلف فيها المتعلقة بهذا البحث.
3. توثيق ما يرد في هذا البحث من معلومات من مظانها الأصيلة مع مراعاة الترتيب الزمني بين المذاهب والترتيب الأبتثي في غير ذلك، مراعية الدقة والأمانة العلمية ما أمكن.
4. عزو الآيات القرآنية الواردة في هذا البحث إلى سورها من القرآن الكريم، وكذلك نسبة الأحاديث النبوية الشريفة إلى مظانها الأصلية، وبيان الحكم عليها إذا وجدته عند علماء الحديث، إلا ما كان في صحيحي البخاري ومسلم، فإنني أكتفي بهما.
5. تفسير المعاني والمصطلحات التي أرى أنها تحتاج إلى تفسير بالرجوع إلى معاجم اللغة والمصطلحات المتخصصة.
6. عندما يكون المؤلف غير مشهور أكتب اسمه كاملاً عند وروده أول مرة، ثم أكتفي بالاسم الثاني أو الثالث أو الاسم المختصر أو الكنية أو الشهرة، بعد ذلك.

والله ولي التوفيق

الفصل التمهيدي

مفهوم العقد وأركانه

يتناول هذا الفصل العقود بصفة عامة من حيث مفهومها وأركانها وشروطها فـــي ثلاثـــة مباحث هي:

المبحث الأول:

مفهوم العقد

المبحث الثاني:

أركان العقد وشروطه

المبحث الثالث:

التطور التاريخي للعقود ونظرة الشريعة للعقود المعاصرة

المبحث الأول

مفهوم العقد

يتناول هذا المبحث تعريف العقد في اللغة والاصطلاح في مطلبين هما:

المطلب الأول:

تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني:

تعريف العقد في الاصطلاح.

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة

أصل العقْد الالتزام والضمان والعهد ، والعقد من الفعل عَقَدَ، ومنه عَقَد العهد يَعقده عَقْداَ بمعنى أكد الالتزام به، والعقد أوكد من العهد يقال عهدت إلى فلان بكذا أي ألزمته بذلك[1]، ومنه قوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ...**﴾[2] والعقد في الآية العهد الموثق وهي عقود الله التي عقدها على عباده وألزمها إياهم من التكاليف، وقيل العقود هي ما يعقدون بينهم من الأمانات ويتحالفون عليه من المبيعات وغيرها والظاهر أنها عقود الله عليهم في دينه في تحليل الحلال وتحريم الحرام[3].

ويأتي العقد بمعنى الشد: ومنه عقد الحبل فانعقد فهو معقود أي مشدود[4].

ومن معاني العقد البناء: فالعقد ما عقدت من البناء[5].

ويأتي العقد بمعنى الحساب: ومنه عقد الحاسب يعقد عقداً أي حسب[6].

ويأتي العقد بمعنى الجمل الموثوق الظهر[7].

ثم أستعمل العقد في أنواع البيوع والنكاح .... وغيرها.

مما سبق يتبين أن العقد له معاني عديدة منها الالتزام والضمان والعهد والشد والبناء والحساب والتوثيق.

وهو يستعمل في المعنى الحسي والمعنوي ومقصودنا هنا يتعلق بأنواع البيوع.

---

1 - انظر: الرازي: مختار الصحاح ص(245)، الزبيدي: تاج العروس (393/8) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط (315/1)، ابن منظور: لسان العرب (36/3).

2 - سورة المائدة من الآية (1).

3 - انظر: الزمخشري: الكشاف (2 / 3).

4 - انظر: الزبيدي: تاج العروس (393/8) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط (315/1)، ابن منظور: لسان العرب (36/3).

5 - انظر: الزبيدي: تاج العروس (393/8) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط (315/1)، ابن منظور: لسان العرب (36/3).

6 - انظر: الزبيدي: تاج العروس (393/8) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط (315/1)، ابن منظور: لسان العرب (36/3).

7 - انظر: الزبيدي: تاج العروس (393/8) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط (315/1)، ابن منظور: لسان العرب (36/3).

المطلب الثاني

تعريف العقد في الاصطلاح

توطئة:

عرّف الفقهاء العقد في الاصطلاح بمعنيين؛ معنى عام ويشمل كل عقد سواء أكان من طرف واحد كالهبة والعتق أم من طرفين كالبيع والنكاح، ومعنى خاص يصدر عن طرفين كالبيع والنكاح والإجارة وغيرها، وسأبينهما في هذا المطلب على النحو التالي:

أولاً: تعريف العقد بمعناه العام[1]:

1- عرفه أبو زهرة بأنه: "**كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بطرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين**"[2].

شرح التعريف:

قوله **(كل)**: لفظ يفيد العموم.

قوله **(تصرف شرعي)**: وهو "**كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية**"[3].

والتصرف لفظ عام يشمل جميع أنواع التصرفات: تصرف فعلي غير عقدي كالغصب والإتلاف وقبض الدين وغيرها، وتصرف فعلي عقدي كبيع المعاطاة وغيرها، وتصرف قولي غير عقدي كالإبراء والإقرار والإنكار وغيرها، وتصرف قولي عقدي كالبيع والشراء والإجارة والنكاح وغيرها[4].

قوله: **(سواء أكان ينعقد)**: قيد أول خرج به التصرف غير العقدي، وهو الذي لا يتضمن إرادة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها بل يترتب عليه نتائج حقوقية كالإقرار والإنكار[5].

---

1 - لم أعثر فيما اطلعت عليه مما تيسر لي من كتب للقدامى على تعريف للعقد بمعناه العام، لذا قمت بتعريفه من كتب المحدثين.

2 - أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (200).

3 - الزرقاء: المدخل الفقهي العام (288/1) وفي الموسوعة الفقهية يعرف التصرف بأنه: "كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع أحكاما مختلفة. الموسوعة الفقهية الكويتية (71/12).

4 - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (289/1).

5 - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (289/1).

قوله: (**بطرف واحد**): يدخل فيه التصرف العقدي من طرف واحد كالهبة.

قوله: (**بكلام**): قيد ثاني خرج به التصرف الفعلي.

قوله: (**طرفين**): يدخل فيه كل تصرف عقدي يتكون بإرادتين[1].

وبذلك يكون تعريف العقد عند أبي زهرة غير جامع لأنواع العقود، حيث خرج من التعريف العقد الفعلي كبيع المعاطاة بقوله في التعريف (بكلام)، وأرى أن الأنسب بأبي زهرة أن يعرف العقد بأنه "**كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بطرف واحد أم لا ينعقد إلا من طرفين**".

2- وعرف الزحيلي العقد بمعناه العام بأنه: "**كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه**"[2].

شرح التعريف:

قوله: (**كل**): لفظ يفيد العموم.

قوله: (**ما عزم المرء على فعله**): هو التصرف فيكون قد عرف العقد بالتصرف، فهو شامل لجميع أنواع التصرفات الفعلية والقولية.

قوله: (**بإرادة منفردة**): الإرادة المنفردة تشمل التصرفات التي تقع من طرف واحد كالعتق.

قوله: (**بإرادتين**): وتشمل التصرفات التي تقع من طرفين كالبيع.

قوله: (**في إنشائه**): قيد خرج به كل تصرف لا يحتاج إلى إنشاء كالتصرف الفعلي غير العقدي كقبض الدين، والتصرف القولي غير العقدي كالإقرار[3].

وبذلك يكون تعريف الزحيلي جامعاً لأنواع العقود العامة.

3- وعُرف العقد في الموسوعة بأنه: "**كل ما يعقده (يعزم الشخص) أن يفعله هو أو يعقد على غيره على وجه إلزامه إياه**"[4].

شرح التعريف

قوله: (**كل**): لفظ عام يشمل التصرف وغيره.

1- انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (289/1).

2 - الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (2917/4).

3- انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (289/1).

4 - وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية (198/3).

قوله: **(ما يعقده)**: شملت التصرفات العقدية، وهو قيد خرج به التصرفات غير العقدية.

قوله: **(أن يفعله)**: دخل به في العقد التصرف الفعلي والتصرف من طرف واحد.

قوله: **(أو يعقد على غيره)**: المقصود التصرف الحاصل بين طرفين.

قوله: **(على وجه إلزامه)**: قيد خرج به التصرفات التي لا إلزام فيها كالتصرفات غير العقدية[1].

التعريف المختار:

بعد عرض التعريفات السابقة ومناقشتها تبين أن تعريف الزحيلي "**كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه**" هو الراجح وذلك للأسباب الآتية:

1- إن تعريف الزحيلي جامع لكل عقد سواء أكان من طرف أو من طرفين وهو مانع لدخول أي تصرف غير عقدي.

2- إن تعريف أبي زهرة غير جامع، حيث يخرج التصرف الفعلي العقدي كبيع المعاطاة.

3- أما تعريف الموسوعة فهو ضعيف؛ لأنه عرف العقد بلفظه.

لهذه الأسباب وغيرها ترى الباحثة رجاحة تعريف الزحيلي. والله أعلم.

العلاقة بَيْن تعريف العقد في اللغة وتعريفه في المعنى العام:

بعد النظر والتدقيق في المعنيين اللغوي والاصطلاحي للعقد نجد أنهما متقاربان من حيث الالتزام والتوافق؛ لأن المعنى الاصطلاحي تقييد للمعنى اللغوي وتخصيص له.

يقول الإمام أبو زهرة "والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم"[2].

ثانياً: تعريف العقد بمعناه الخاص:

بعد أن بينتُ تعريف العقد بمعناه العام، سأبين الآن تعريفه بالمعنى الخاص على النحو التالي[1]:

---

[1]- انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (289/1).

[2] - أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (199).

1- عرفه ابن الهمام –الحنفي- بأنه: "**انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي**"[2].

شرح التعريف:

قوله: (**انضمام أحد الفعلين إلى الآخر**) الانضمام هو الارتباط الاعتباري عند الشارع الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين والذي يظهر بالإيجاب والقبول.

قوله: (**على وجه يثبت أثره الشرعي**) هذا الأثر هو انتقال ملكية المعقود عليه أو ملك منفعته إلى الطرف الأول واستحقاق الطرف الآخر الثمن[3].

2- وعرفه البابرتي -الحنفي- بأنه: "**تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل**"[4].

شرح التعريف:

قوله: (**تعلق**) يفيد الارتباط، ويعبر عن إرادة المتعاقدين، وهو عام في كل ارتباط.

قوله: (**كلام أحد العاقدين بالآخر**) وهو ما يصدر من المتعاقدين يظهر فيه إرادتهما، وهو ما يسمى بالصيغة (**الإيجاب والقبول**).

قوله: (**شرعاً**) أي أن الصيغة تصدر ممن له أهلية التعاقد في نظر الشرع، ويكون التعاقد وفق الشرع.

قوله: (**على وجه يظهر أثره في المحل**) أي أن ارتباط الإيجاب بالقبول وفق الشرع يكون ارتباطاً يظهر فيه أثر العقد من انتقال الحقوق بين المتعاقدين، كانتقال ملك المعقود عليه أو منفعته في مقابل استحقاق الطرف الآخر للثمن[5].

3- وذكر ابن نجيم –الحنفي- تعريفاً للعقد بأنه: "**ربط القبول بالإيجاب**"[6].

---

[1] - لم أعثر في الكتب المتيسرة لدي تعريفاً للقدامى بمعناه الخاص غير الحنفية، وربما يرجع ذلك إلى وضوح المعنى عندهم. والله أعلم.

[2] - ابن الهمام: شرح فتح القدير (348/6).

[3] - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (292/1).

[4] - البابرتي: شرح العناية على الهداية (248/6).

[5] - الزرقا: المدخل الفقهي العام (292/1).

[6] - ابن نجيم: البحر الرائق (440/5).

شرح التعريف:

قوله: **(ربط)** هو الارتباط الاعتباري الذي يربط بين طرفين.

قوله: **(الإيجاب والقبول)** وهما الصيغة التي تدل على إرادة المتعاقدين[1].

4- **وعرفه أبو زهرة بأنه**: "**توافق إرادتين ينشأ عنه التزام**"[2].

كما عرفه أيضاً بأنه: "**ربط كلامين ينشأ عليه حكم شرعي**"، الحكم الشرعي هنا الأثر الذي يرتبه الشارع على توافق إرادتين[3].

سأقتصر على شرح التعريف الأول:

قوله: **(توافق إرادتين)** وهو ارتباط اعتباري في نظر الشرع تظهره الصيغة.

قوله: **(ينشأ عنه التزام)** أي يظهر الأثر المترتب عن ارتباط الإيجاب بالقبول من تبادل الحقوق بين المتعاقدين[4].

4- **وعرفه الزحيلي بأنه**: "**ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله**"[5].

كما عرفه أيضاً بأنه: "**تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل**"[6].

شرح التعريف:

ترى الباحثة عدم شرح التعريف الأول لعدم التكرار والتطويل، أما التعريف الثاني فهو قريب من تعريف البابرتي لذا ترى الباحثة عدم إعادة شرح التعريف.

التعريف المختار:

تعريف ابن الهمام الحنفي "**انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي**" هو التعريف المختار وذلك للأسباب الآتية:

---

1 - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (292/1).

2 - أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (201).

3 - نفس المرجع.

4- الزرقا:المدخل الفقهي العام (292/1).

5 - الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (3918/4).

6 - نفس المرجع.

1- تعبير ابن الهمام "انضمام أحد الفعلين" والفعل يشمل الكلام والإشارة وغيرها، حيث ينتهي الكلام بالفعل والإشارة بالفعل، والعقود التي لا كلام بها كبيع المعاطاة تتم بالفعل، وبذلك تعبيره يشمل جميع أنواع العقود التي تتم بالفعل وتتم بغيره.

2- تعبير البابرتي "بالكلام" يخرج العقود التي تتم بالأفعال كبيع المعاطاة، فيكون تعريف البابرتي غير جامع لكل أنواع العقود، وكذلك تعريف الزحيلي لأنه عبر ب"كلام"

3- أما تعبير أبي زهرة "توافق إرادتين" جعلته غير مانع حيث يدخل فيه كل توافق إرادتين ينشأ عنه التزام مثل القرض وهو ليس عقداً بالمعنى الخاص المقصود.

العلاقة بين تعريف العقد في اللغة وتعريفه بالمعنى الخاص:

إن العقد بمعناه الخاص يحمل عدة معانٍ من التعريف اللغوي للعقد، حيث يحتمل معنى العهد، فالعقد ينشأ بين طرفين فكل طرف على عهد بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه مع الطرف الآخر، و يحتمل معنى الإلزام فكل طرف من طرفي العقد ملتزم بما ألزم نفسه به أثناء تكوينه لصيغة العقد، فيكون معنى العقد في اللغة أشمل من معناه الخاص حيث يشمله وغيره.

ويفترق تعريف العقد بالمعنى اللغوي بما سوى ذلك. والله أعلم

المبحث الثاني

أركان العقد وشروطه

سأتناول في هذا المبحث أركان العقد وشروطه في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول:

أركان العقد.

المطلب الثاني:

شروط العقد.

المطلب الثالث:

الشروط المقترنة بالعقود.

المطلب الأول

أركان[1] العقد

اختلف العلماء في أركان العقد على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى أن **أركان العقد هي الصيغة فقط، أما العاقدان والمعقود عليه فهي من لوازم العقد ومقوماته**[2]، فلم يعتبر هذا المذهب العاقدين من الأركان؛ حيث إن الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل وماهيته، وإن كان لا بد من فاعل لكل فعل، والعاقدان والمعقود عليه من المقومات والمقومات أعم من الأركان حيث لا يكون العقد إلا بها، فهي تشمل الأركان والعاقدين والمعقود عليه[3].

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية وغالبية الحنابلة إلى أن أركان العقد ثلاثة هي: الصيغة وطرفا العقد (العاقدان) والمعقود عليه (محل العقد)، وذلك أن الركن عندهم ما كان جزءاً من الماهية أو توقف عليه تصور الماهية في الذهن، فاعتبر العاقدان من الأركان باعتبار أنهما جزءان أساسيان في تكوين العقد[4].

الراجح:

ترى الباحثة أن الخلاف بين الفريقين شكلي، لا يترتب عليه كبير فائدة، حيث إن الجميع يعتبر العقد بالمقومات، الشاملة للصيغة والعاقدين والمعقود عليه مع بعض الخلافات في شكليات العقد، لذا لم أذكر الأدلة.

ولكني سأتناول العناصر التي يتكون منها العقد لأن هذا التناول يشمل كل من مفهومي الجمهور والحنفية معاً.

---

[1] - الأركان جمع ركن وهو "ما لا وجود للشيء إلا به". البزدوي: كشف الأسرار (344/3).

[2] - انظر: ابن عابدين: رد المحتار(504/4)، ابن قدامة: المغني (4/4).

[3] - انظر: أحمد فراج حسين: مدرس الشريعة الإسلامية كلية الحقوق جامعة الإسكندرية: الملكية ونظرية العقد (144)، الزرقاء: المدخل الفقهي العام (301/1).

[4] - انظر: النفراوي: الفواكه الدواني (110/2)، الدردير:الشرح الصغير على أقرب المسالك (14/3)، الدسوقي: حاشية الدسوقي (4/3)، الشربيني: خطيب مغني المحتاج (3/2)، البهوتي: كشاف القناع (135/3)، حسين: الملكية ونظرية العقد (144)، الزرقا: المدخل الفقهي العام(301/1).

الركن الأول: الصيغة:[1]

الرضا أساس كل تعاقد، ولا يصح تملك شيء إلا برضا صاحبه، والرضا أمر باطني لا يطلع عليه أحد فقامت الصيغة مقامه، فهي قرينة دالة على إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد.

وتتكون صيغة العقد من الإيجاب والقبول، حيث إنهما يدلان على رضا المتعاقدين.

تعريف الإيجاب:

أولاً: تعريف الإيجاب في اللغة: من وجب يجب وجوباً، معنى وجب لزم واستحق ومنه، وجب البيع أي لزم، واستوجب الشيء استحقه[2].

فمن معاني الإيجاب في اللغة اللزوم والاستحقاق.

ثانياً: تعريف الإيجاب في الاصطلاح[3]:

1- عرف ابن الهمام -الحنفي- الإيجاب بأنه: "**إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً**"[4].

---

1 - تعريف الصيغة في اللغة: من صاغ يصوغ صوغاً، فالأصل في عين الكلمة الواو فقلبت ياء في (صيغة) لكسر ما قبلها، والصيغة العمل والتقدير والترتيب والسبك، ومنه صاغ الذهب أي سبك الذهب حلياً، وأيضاً صاغ شعراً أي سبك الكلام ورتبه ليكون شعراً موزوناً.وتأتي الصيغة بمعنى المثال، مثل صيغة القول كذا أي مثاله وصورته، وتأتي بمعنى الخِلقة ومنه فلان حسن الصيغة أي حسن الخِلقة. وتطلق الصيغة على السهام التي من عمل رجل واحد. أنظر: الرازي: مختار الصحاح (210)، الفيومي: المصباح المنير (211)، ابن منظور: لسان اللسان (46/2).

تعريف الصيغة في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الصيغة بتعريفات متعددة أقتصر على بعضها.

- عرف الدسوقي الصيغة بأنها: " ما يدل على الرضا وإن بمعاطاة" الدسوقي: حاشية الدسوقي (4/3).
- وعرفها الزحيلي بأنها: " ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه". الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (2932/4).

ملاحظة: تعرف الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (2932/4).

2 - انظر: الفيومي: المصباح المنير (385)، الرازي: مختار الصحاح (379)، ابن منظور: لسان اللسان(717/2).

3 - اقتصرت على الحنفية والشافعية في تعريف الإيجاب لأن كل منهم يمثل مدرسة فقهية في أركان العقد، وكذلك الحال عند تعريف القبول.

4 - ابن الهمام: شرح فتح القدير (248/6).

2- كما عرفه البابرتي -الحنفي- بأنه: "**ما تقدم من كلام المتعاقدين**"[1].

3- وعرفه الشربيني -الشافعي- بأنه: "**ما يدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة**"[2].

موازنة بين تعريف الأحناف للإيجاب وتعريف الجمهور:

إن الإيجاب عند الأحناف هو المتقدم من كلام المتعاقدين سواء كان المالك أم الطرف الآخر، بينما الإيجاب عند الجمهور والمتمثل في تعريف الشافعية ما يدل على التمليك دلالة ظاهرة فلا يكون إلا من المالك أو من يقوم مقامه سواء تقدم على الإيجاب أم تأخر عنه، فالبائع هو الذي يملك المبيع، فيكون الموجب عند الجمهور في كل الأحوال أما عند الأحناف فلا يكون الموجب إلا إذا تقدمت عبارته[3].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للإيجاب:

يتفق المعنى اللغوي مع الاصطلاحي في معنى الإلزام والاستحقاق، حيث يلتزم الموجب بما ألزم به نفسه في صيغة العقد، ويستحق الأثر المترتب على العقد.

تعريف القبول:

أولاً: تعريف القبول في اللغة: من قَبِل يَقْبل قَبولاً و المصدر شاذ، يأتي القبول بمعنى الرضا[4] ومنه قوله تعالى ﴿**فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ** ...﴾[5]، وقَبِلَ الشيء قَبولاً إذا رضيه[6].

ويأتي بمعنى الصدق ومنه قبلت الخبر صدقته[7].

ومن معانيه الأخذ ومنه قبلت الهدية أخذتها[8].

نجد أن القبول له معانٍ عديدة منها الرضا والصدق والأخذ.

---

1 - البابرتي: شرح العناية على الهداية (248/6).

2 - الشربيني: مغني المحتاج (3/2).

3 - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (145).

4 - انظر: الرازي: مختار الصحاح (284)، الفيومي: المصباح المنير (291)، ابن منظور: لسان اللسان (250/2).

5 - سورة آل عمران من الآية (37).

6 - انظر: البيضاوي: تفسير البيضاوي (33/2).

7 - انظر: الرازي: مختار الصحاح (284)، الفيومي: المصباح المنير (291)، ابن منظور: لسان اللسان (250/2).

8 - انظر: المراجع السابقة

ثانياً: تعريف القبول في الاصطلاح

1- عرف البابرتي القبول بأنه: "**المتأخر من كلام العاقدين**"[1].

2- وعرفه الشربيني أنه: "**ما يدل على التمليك دلالة ظاهرة**"[2].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

إن المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي يحملان معنى الرضا والأخذ، فالقابل يرضى بالإيجاب بعد صدوره، ويأخذ ما ترتب على العقد من أثر.

الركن الثاني: العاقدان:

العاقدان هما طرفا العقد والمنشئان له، والمصدران للصيغة، ويمكن أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه أو وكيلاً أو ولياً أو وصياً وقد يكون فضولياً[3]، وقد يكونُ الطرف الواحد في العقد شخصاً منفرداً وقد يكون أشخاصاً متعددين[4].

الركن الثالث: المعقود عليه:

المعقود عليه هو محل العقد ولبه ومبتغاه، وهو الذي وقع عليه التعاقد وفيه تظهر أحكام العقد وآثاره، وهو مشبع لحاجات المتعاقدين، ويختلف باختلاف العقود وقد يكون مالاً كالمبيع بالنسبة إلى عقد البيع، أو منفعة مال كسكنى الدار، أو منفعة ليس بمال كالمنفعة المترتبة على عقد الزواج، أو عملاً كعمل العامل[5].

---

1 - البابرتي: شرح العناية على الهداية (248/6).

2 - الشربيني: مغني المحتاج (3/2).

3- الفضولي هو"من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي" ابن نجيم: البحر الرائق (245/6).

4 - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (225)، الزرقاء: المدخل الفقهي العام (313/1)، أبا زهرة الملكية ونظرية العقد (302).

5 - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (158، 212)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (314/1)، أبا زهرة الملكية ونظرية العقد (294)

المطلب الثاني

شروط[1] العقد

توطئة:

أتناول في هذا المطلب الحديث عن شروط العقد العامة؛ وذلك لأن هناك بعض العقود التي لها شروط خاصة بها لا مجال لذكرها هنا، وشروط العقد تتعلق بالصيغة والعاقدين والمعقود عليه.

أولاً: شروط الصيغة:

للصيغة المعبرة عن الرضا شروط منها:

1- أن يكون اللفظ المستعمل في الإيجاب والقبول يدل لغةً أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين، ويستوي في ذلك أن تكون دلالة اللفظ حقيقة أو مجازاً، كاستعمال لفظ البيع أو العطاء أو الأخذ في عقود التمليك بعوض[2].

2- أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي أو الحاضر، ولا يصح العقد بصيغة الاستفهام كأن يقول أتبيعني، أما في عقد الزواج فينعقد بصيغة الاستفهام كأن يقول أتزوجني ابنتك فيقبل[3].

كما لا ينعقد بلفظ التمني كأن يقول ليتك بعتني أو أتمنى أن تزوجني[4].

---

[1] - الشروط : وهو جمع شرط وقد عرفه العلماء بعدة تعريفات أقتصر على بعضها:

وعرفه سراج الدين الأرموي: ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا ذاته. الأرموي: التحصيل من المحصول (383/1).

وعرفه الشاطبي بأنه:"ما كان وصفاً مكملاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط" الشاطبي: الموافقات (193/1).

وعرفه الشيرازي بأنه: "الشرط ما لا يتم المشروط إلا به" الشيرازي: شرح اللمع (412/2).

وعرف في الموسوعة بأنه: "ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجودة" وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية

[2] - انظر الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (105/4)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (319).

[3] - انظر البابرتي: شرح العناية (248/6)، ابن عابدين: رد المحتار (505/4)، الكاساني: بدائع الصنائع (528/6)، الدسوقي: حاشية الدسوقي (5/3)، الشربيني: مغني المحتاج (3/2)، البهوتي: كشاف القناع (136/3)، ابن قدامة: المغني (4/4).

[4] - انظر: البهوتي: كشاف القناع (137/3).

3- إن كان الإيجاب بصيغة الطلب كأن يقول بعني كذا، أو أجرني أو زوجني[1] فعلى الراجح انعقاد العقد.

4- أن يكون الإيجاب والقبول بنفس الزمن، فلا يصح العقد إذا كان الإيجاب في زمن والقبول في زمن آخر، كأن يكون أحدهما في الماضي والأخر بالمستقبل، لأن الزمن الماضي يدل على وجوب العقد، أما الزمن المستقبل إذا كان من الموجب و كان بائعاً كان وعداً، ولو كان مشترياً فهو مساومة[2].

5- أن يوافق الإيجاب القبول في جميع الوجوه: بأن يكون مطابقاً له في كل جزء من أجزائه حقيقة أو حكماً، فإن خالف القبول الإيجاب فلا يصح الإيجاب ويمكن أن يتحول القبول إلى إيجاب جديد إذا قبله الموجب.

والموافقة تكون بالقدر، ومثاله لو قال الموجب: بعتك هذه الدار بألف فقبل بتسعمائة لا يصح العقد إلا إذا قال الأول له بعتك، فتحول قبول القابل إلى إيجاب، وقبل البائع إيجابه، أما لو قبل بألف ومائة فيصح العقد لأنه طابق القبول الإيجاب حكماً وزاد على الإيجاب.

وتكون الموافقة بالجنس أو النوع، ومثاله أن يقول الموجب: بعتك هذا الصاع من القمح فيقول القابل اشتريته أما إذا قال اشتريت نصفه أو اشتريت صاعاً من الشعير لا ينعقد العقد[3].

---

[1] - اختلف الفقهاء في هذه الصيغة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى عدم صحة العقد بصيغة الطلب وذلك لأن طلب الإيجاب والقبول عندهم لا يكون إيجاباً أو قبولاً، فإذا تم أحدهما بصيغة الطلب فلا يوجد إلا أحد شطري الركن فلا يتم الركن، وقد استثنى الأحناف من ذلك عقد الزواج حيث قالوا بصحته بصيغة الطلب. انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (199/5)، ابن قدامة: المغني (220/5).

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية إلى صحة العقد بصيغة الطلب. انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي (4/3)، الشربيني: مغني المحتاج (5/2)، ابن قدامة: المغني (220/5).

[2] - انظر: ابن الهمام: شرح العناية على الهداية (285/6)، البهوتي: كشاف القناع (136/3).

[3] - انظر: البهوتي: كشاف القناع (136/3)، حسين: الملكية ونظرية العقد (160)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (105/4)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (320/1).

6- أن يتصل الإيجاب بالقبول، بأن يكونا في مجلس واحد، ولا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل ينتهي به الإيجاب، كأن يكون الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر، أو يطول الزمن بينهما عرفاً، فيتوهم الإعراض عن العقد، أو يفصل بين الإيجاب والقبول كلام لا يتعلق بالعقد، ويستثنى من اتحاد المجلس بعض العقود كالوصية[1]، والإيصاء[2]، والوكالة[3][4].

7- أن يكون القبول من العاقد نفسه، ولا يصح قبول الورثة إذا مات الموجب قبل تمام العقد، ولا يصح قبول أجنبي إذا لم يكن مخاطباً؛ كأن يقول زوجني ابنتك فيقول أجنبي قبلت[5].

ثانياً: شروط العاقدين

لا يتم العقد وتترتب عليه آثاره إلا إذا كان صحيحاً، ولا يكون العقد صحيحاً حتى يصدر ممن يصح عقده، ويصح العقد إذا توافرت به شروط منها:

أولاً: الأهلية[6]:

تثبت أهلية المتعاقدين بأمرين:

1- **العقل**: فلا يصح العقد من المجنون، لأنه لا إرادة له فالعقل مناط التمييز، فأقواله وأفعاله لا تعبر عن إرادته[7].

---

[1] - الوصية هي: "**تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، ويكون القبول بعد موت الموصي ولا اعتبار للقبول في حياته**" البعلي: ضوابط العقود (131)، حسين: الملكية ونظرية العقد (165).

[2] - الإيصاء: "**هو جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته ليرعى شئونهم، ولا يلزم الوصي القبول عقب الإيجاب بل هو مخير ويصح قبوله بعد وفاة الموصي**". حسين: الملكية ونظرية العقد (165).

[3] - الوكالة: "**إقامة الغير مقام نفسه في التصرف، ويصح القبول فيها في مجلس العقد وغيره**". حسين: الملكية ونظرية العقد (165).

[4] - انظر: الحطاب: مواهب الجليل (30/6)، الشربيني: مغني المحتاج (5/2)، البهوتي: كشاف القناع (137/3)، حسين: الملكية ونظرية العقد (162)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (106/4)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (347/1).

[5] - انظر: الشربيني: مغني المحتاج (6/2).

[6] - الأهلية هي "**صلاحية الشخص للإلزام والالتزام**" أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (302).

[7] - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (158)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (341/1).

2- **التمييز**[1]: فلا يصح العقد من الصبي غير المميز لأن التمييز يجعل الشخص مدركاً لعبارته فاهماً ما يقصد بها وما ينتج عنها.[2]

---

[1]- اختلف العلماء في تصرف الصبي المميز على مذهبين:

الأول: ذهب أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في رواية إلى صحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه. انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (223/5)، الحطاب: مواهب الجليل (31/6)، ابن قدامة: الشرح الكبير، (222/5).

الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلى عدم صحة تصرف الصبي المميز. انظر:الغزالي: الوسيط (61/2)، ابن قدامة: الشرح الكبير، (222/5).

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول إلى ما ذهبوا إليه من صحة تصرف الصبي المميز بالقرآن والقياس:

أ- القرآن الكريم: قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾. سورة النساء من الآية (6)

وجه الدلالة: أن الله تعالى طلب من أولياء اليتامى أن يختبروا رشدهم ولا يتم هذا إلا بتفويض التصرف إليهم من بيع وشراء وغيرهما ليعلم هل تغير أو لا.انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (25/3)

ب- القياس: إن الصبي المميز محجور عليه تصح تصرفاته بإذن وليه، ويكون تصرفه صحيحاً كتصرف العبد. مواهب الجليل (31/6)، ابن قدامة: الشرح الكبير، (222/5).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني إلى ما ذهبوا إليه من عدم صحة تصرف الصبي المميز بالقياس والمعقول:

أ- القياس: حيث قاسوا الصبي المميز على الصبي غير المميز حيث كل منهما غير مكلف فلو صح تصرفهما لكلفا. الغزالي: الوسيط (61/2)، ابن قدامة: الشرح الكبير، (222/5).

ب- المعقول: إن العقل خفي لا يمكن الوقوف على الحد الأدنى الذي يصح به التصرف؛ لذلك وضع له الشارع ضابطاً وهو البلوغ، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة. الغزالي: الوسيط (61/2)، ابن قدامة: الشرح الكبير، (222/5).

المذهب الراجح:

المذهب الأول القائل بصحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه هو الراجح وذلك للأسباب الآتية:

1- استدلال المذهب الثاني بالقياس قياس مع الفارق لأن الصبي غير المميز يعلم حاله فلا تصلح المصلحة بتصرفه لذلك لم يطلب الشارع اختباره.

2- أما استدلالهم بالمعقول فيمكن الرد عليه أنه يمكن الاستدلال على العقل بالتصرف وفق المصلحة.

2- لو قلنا بعدم صحة تصرف الصبي المميز بإذن وليه لوقع الناس في حرج، لاحتياج الناس لتصرف الصبي المميز في بعض الأحيان، كشرائه من المحلات، أو بيعه فيها.

[2] - انظر: الحطاب: مواهب الجليل (31/6)، ابن قدامة المقدسي: الشرح الكبير (222/5)، النفراوي: الفواكه الدواني (110/2)، حسين: الملكية ونظرية العقد (158)، الزرقا المدخل الفقهي العام (341/1).

ثانياً: أن يفهم كل من العاقدين كلام الآخر أو فعله: فالقابل يفهم قصد الموجب من عبارتـــه، والموجب يفهم قبول القابل الذي يدل على رضاه، ولا يشترط أن يفهم كل منهما معاني الألفـــاظ والمفردات، حيث يصح العقد بأي لغة من اللغات، فإذا اشترى أعجمي من عربي شيئاً ولا يفهـــم كل منهما لغة الآخر، ولكن فَهم كل منهما الإيجاب والقبول الدالين على إرادتهما صح العقد، أمـــا لو تكلم الأعجمي بألفاظ عربية لا يفهما وكانت إيجاباً فلا يصح قبول العربي لها وإن قبله علـــى الفور، ومن تمام الفهم بين العاقدين سماع كل منهما كلام الآخر[1].

ثالثاً: شروط المعقود عليه (محل العقد):

المعقود عليه حتى يكون صحيحاً ويترتب على العقد آثاره الشرعية لا بد له من شروط أهمها:

1- **أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه**، حيث يمكن تطبيق مقتـــضى العقـــد عليه، فمثلاً لا تصلح الأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات محـــلاً لعقـــد الـــرهن؛ لأنها لا تقبل حكمه من حبس المرهون حتى يستوفي الدين في ميعاده المحدد.

ومن أمثلة قبول المعقود عليه حكم العقد: أن يكون المعقود عليه محلاً للتعاقد لم ينه الـــشارع عنه، فبيع ما ليس بمال كالميتة باطل، وكذا بيع ما ليس بمتقوم عند المسلمين لا يـــصح كـــالخمر والخنزير.

ومن أمثلة عدم قبول المعقود عليه حكم العقد ومقتضاه: أن المعقود عليه لو كان منفعة مـــال لا يعتبرها الشارع كاستئجار سلاح للقتل به بغير الحق، أو منفعة غير ماليـــة حرمهـــا الـــشارع كاستئجار البغايا أو النكاح المحرم، أو عملاً نهى الشارع عنه كاستئجار شـــخص ليقتـــل بغيـــر الحق، فكل ذلك وأمثاله لا يتم العقد عليه ولا يعتبره الشارع ولا تترتب عليه آثاره[2].

2- **أن يكون المعقود عليه خالياً من غرر يفضي إلى التنازع**، أو يؤدي إلى خـــداع أحـــد المتعاقدين، كمن يبيع جملاً شارداً في الصحراء، فهذا عقد بيع على معقود عليه متردد بـــين حالتين أولاهما: التمكن من العثور عليه والقدرة على تسليمه، والأخرى: عدم المقدرة مـــن

---

[1] - انظر: النفراوي: الفواكه الدواني (110/2)، حسين: الملكية ونظرية العقد (158).

[2] - انظر: الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك (22/3)، ابن قدامة: الشرح الكبير (224/5)، حـــسين: الملكية ونظرية العقد (158)، (212)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (177/4)، الزرقا: المدخل الفقهـــي العام (342/1)، أبا زهرة: الملكية ونظرية العقد (294).

العثور عليه، فلا يتحقق وجوده ولا يمكن تسليمه فيكون غرراً، ومن أمثلة الغرر أيضاً بيع الحصاة [1] وبيع الملامسة[2] وبيع المنابذة[3][4].

[1] - بيع الحصاة هو: " **أن يقول إرم هذه الحصاة فهي على أي ثوب وقعت فهولك، أو يقول بعتك من هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا**". ابن قدامة: الشرح الكبير (251/5).

[2] - بيع الملامسة هو: " **أن يقول بعتك هذا أنك متى لمسته فهو عليك بكذا، أو يقول أي ثوب لمسته فهو لك بكذا**". ابن قدامة: الشرح الكبير (251/5).

[3] - بيع المنابذة هو: "**أن يقول أي ثوب نبذته إليّ فهو عليّ بكذا**". ابن قدامة: الشرح الكبير (251/5).

[4] - انظر: النفراوي: الفواكه الدواني (110/2)، الشيرازي: المهذب (12/2) حسين: الملكية ونظرية العقد (213)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (178/4)، أبا زهرة الملكية ونظرية العقد (294).

المطلب الثالث

الشروط المقترنة بالعقود

الناس لهم الحرية في إنشاء العقــود، فللــشخص أن يبيــع أو يــشتري أو يــستأجر أو يتزوج...، فإذا حصل العقد يترتب عليه آثاره، وهذه الآثار ليست قابلة لاختيار المتعاقدين، بــل إن الشريعة تدخلت فيها فأوجبت على البائع أن يسلم المبيع للمشتري، وأن يسلم المشتري الــثمن للبائع وهكذا.

وعند إنشاء العقد قد يلجأ العاقدان أو أحدهما إلى اشتراط بعض الشروط، والتي قد تلبــي رغباتهم.

هذا وقد اتفق العلماء على أن من شرط في عقد من العقود شــرطاً ينــاقض حكــم الله ورسوله فهو باطل، مثل أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون نسب الولد إلى غير أبيه[1].

أما غير ذلك من الشروط فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز تلك الشروط المقترنة بالعقــد وذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أن: كل شرط يخالف الشرع أو يزيد علــى مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر -دليل صحيح- به فإن الشرع لا يقره ولا يرعاه ولا يترتب عليه آثاره[2].

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن الأصل في الشروط الجواز ما لم يقم دليل صــحيح علــى النهي عنه وإبطاله[3].

المذهب الثالث: ذهب الظاهرية إلى منع الشروط إلا ما ورد نص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به، فإذا اشترط العاقدان أو أحدهما شرطاً لم يرد دليل على اعتباره فــلا تترتب الآثار على هذا الشرط[4].

---

[1] - انظر: الشاطبي: الموافقات (211/1)، ابن تيمية: نظرية العقد (23).

[2] - انظر: السرخسي: المبسوط (13/13)، ابن رشد: بداية المجتهد (202/2)، الشاطبي: الموافقــات (202/1، 210)، الشيرازي: المهذب (23/2)، أبا زهرة: الملكية ونظرية العقد (273).

[3] - انظر: ابن قدامة: المغني (284/5، 277)، ابن تيمية: نظرية العقد (24)، حسين: الملكيــة ونظريــة العقــد (203)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (472/1)، أبا زهرة: الملكية ونظرية العقد (273).

[4] - انظر: ابن حزم: المحلى (324/7)، حسين: الملكية ونظرية العقد (203)، أبا زهرة: الملكية ونظرية العقــد (273).

الأدلة والمناقشة:

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية والمالكية والشافعية على أن كل شرط يخالف الشرع باطل بالقرآن والسنة والإجماع.

أولاً: القرآن:

1- قول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾[1].

وجه الدلالة:

تدل الآية على أن الشارع اشترط الرضا لجواز عقد البيع أو التجارة، لأن الأصل في استحقاق مال الغير الرضا، فالشرط الذي يدل على الرضا جائز[2].

2- وقول الله تعالى: ﴿... **فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾[3].

وجه الدلالة:

تدل الآية على اشتراط الرضا لجواز عقد الهبة، لأن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه هو الرضا، فالشرط الذي يدل على الرضا جائز[4].

ثانياً: السنة

1- قَالَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: "...**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**"[5].

وجه الدلالة:

يدل الحديث على جواز الشرط حيث كانت الشروط معتبرة شرعاً، فأطلق الشارع إرادتهم بها[6].

---

1 - سورة النساء من الآية (29).

2 - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (1419/3)، البيضاوي: تفسير البيضاوي (176/2).

3 - سورة النساء من الآية (4).

4 - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (1331/3)، البيضاوي: تفسير البيضاوي (147/2).

5 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، (464)، والترمذي في سننه، كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ح1352، (318)، واللفظ للترمذي، وصححه الألباني بهذا اللفظ.

6 - انظر: ابن حجر: فتح الباري (382/5، 388).

2-عن جابر قال: غَزَوْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى نَاضِحٍ لَنَا ، فَأَزْحَفَ الْجَمَلُ فَتَخَلَّفَ عَلَيَّ فَوَكَزَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ خَلْفِهِ ، قَالَ: "**بِعْنِيهِ وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ**"[1].

وجه الدلالة:

إن النبي صلى الله عليه وسلم اشترط لجابر حق الركوب حتى يصل المدينة، فدل على وجود شروط معتبرة شرعاً[2].

3- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ " **مَا كَانَ مِن شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهْوَ بَاطِلٌ**"[3].

وجه الدلالة:

يدل هذا الحديث على جود شروط ممنوعة شرعاً تمس أحكام مقاصد الشريعة الإسلامية في العقود، حيث نهى الشارع عنها[4].

ومن الأحاديث يتبين لنا أن الشروط جائزة إلا الشروط التي تخالف مقتضى العقد.

ثالثاً: المعقول:

اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يؤدي إلى نزاع ، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضي العقد بلا عوض يقابلها، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً، فإذا جرى العرف على تعاقدها، يصبح العاقد على بصيرة منها، فتغاير ربا الفضل حيث يُحسب لها مقابل في العوض والعرف ويُحل النزاع[5].

أدلة المذهب الثاني:

استدل الحنابلة على ما ذهبوا من أن الأصل في الشروط الجواز ما لم يقم دليل صحيح على النهي عنه وإبطاله بالقرآن والسنة والمعقول:

---

[1] - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض والحجر والتفليس، باب الشفاعة في وضع الدين، ح2406، (494).

[2] - انظر: ابن حجر: فتح الباري (82/5، 382، 388).

[3] - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، ح2168، (443).

[4] -انظر: ابن حجر: فتح الباري (469/4، 388/5)

[5] - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (478/1).

أولا: القرآن الكريم:

1- قال الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ...**﴾[1].

وجه الدلالة:

أمر الله تعالى المؤمنين أن يوفوا بالعقود، والشرط غالباً ما يكون من مقتضى العقد، فيدخل الشرط تحت الأمر، فيدل على أن الأصل في الشروط الجواز[2].

2- وقوله تعالى ﴿**وَبِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُواْ...**﴾[3].

وجه الدلالة:

العقود هي العهود، والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهود، فيدخل الشرط تحت الأمر، فيدل على أن الأصل في الشروط الجواز[4].

ثانياً: من السنة:

1- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: "**أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا ، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا إِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ**"[5].

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ ذم من غدر بالعهد، ولم يحدد نوعاً من العهود، بل جعل الذم عاماً يشمل كل العهود، وبالمفهوم نجد أنه أمر بالوفاء بها، والشروط تدخل تحت الأمر بالوفاء، ولو كان الأصل في الشروط الحظر لم يذم الشارع الغادر بها ولم يأمر بها[6].

2- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**"[7].

---

[1] - سورة المائدة من الآية (1).

[2] - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (1638/3)، البيضاوي: تفسير البيضاوي (288/2).

[3] - سورة الأنعام من الآية (152).

[4] - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (2020/4)، البيضاوي: فسير البيضاوي (466/2).

[5] - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب إذا خاصم فجر، ح2459، (508).

[6] - انظر: ابن حجر: فتح الباري (109/1).

[7] - سبق تخريجه ص22.

وجه الدلالة:

يفيد الحديث أن المشترط ليس له أن يحرم ما أوجبه الله، ولا أن يحل ما حرمه الله، فالشرط من هذا النوع يكون مبطلاً لحكم الله تعالى، ولكن الشرط الواجب الوفاء به هو الشرط الذي يوجب ما ليس بواجب ولا حرام، ويبيح ما ليس مباحاً ولا حراماً، وحرم ما لم يكن حراماً ولم يأمر الشارع به[1].

ثالثاً: المعقول:

1- إن الشروط والعقود من الأفعال العادية، والأصل بالأفعال العادية عدم التحريم فينسحب عدم التحريم على العقود والشروط، ولأن العقود والشروط غير محرمة فهي غير فاسدة إذن فهي صحيحة[2].

2- إن الشارع الحكيم لم يذكر دليلاً على حرمة العقود والشروط بعمومها إلا ما نص الدليل على حرمته بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم[3].

أدلة المذهب الثالث:

استدل الظاهرية على ما ذهبوا من منع الشروط إلا ما ورد نص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به بالسنة والمعقول:

أولاً: السنة:

1- ما أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم "**خَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺعَشِيَّةً فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَمَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ**" [4].

وجه الدلالة:

يدل الحديث على إبطال كل عهد وعقد وشرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده[5]، فيكون الشرط الصحيح عند الظاهرية هو: ما ورد النص أو حصل

---

1 - انظر: ابن العربي: عارضة الأحوذي (324/3)، آبادي: عون المعبود (407/9).

2 - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (204).

3 - انظر المرجع السابق (205).

4 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر، ح456، (108)، ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ح1504/6، (740).

5 - انظر: النووي: شرح مسلم (361/5)، ابن حجر: فتح الباري (669/1).

الإجماع على جوازه، والشرط الباطل هو: ما لم يرد فيه نص ولا حصل عليه إجماع، وهو مبطل للعقد إذا اقترن به[1].

2- ما أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم عن عَائِشَةُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "**مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**"[2].

وجه الدلالة:

يدل الحديث على إبطال المحدثات ورد البدع، فيكون النهي عن كل ما لا يرد نص به؛ لكونه من البدع والمحدثات، ومنه الشروط فتكون باطلة إذا لم يرد نص بها[3].

ثانياً: المعقول:

إن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن تأخذه مما يرتبه الشارع على أقوالهم ويحكم بأن له أثراً لتصرفاتهم، فالشرط الذي لم يرد على اعتباره نصاً لا يحكم له بأثر[4].

الترجيح:

ما ذهب إليه المذهب الثاني " أن الأصل في الشروط الجواز ما لم يقم دليل صحيح على النهي عنه وإبطاله" هو الراجح وذلك:

1- القول بتحريم الشروط يوقع الناس في حرج؛ حيث إن الناس في عقودهم ومعاملاتهم تحتاجها لضمان حقوقها، وتيسير المعاملات بينهم.

2- الشروط بين العاقدين ما لم تكون منافية لمقصود العقد، أو متضمنة ما حرمه الله تعالى، تكون عن تراضٍ بينهما، وقد جعل الله تعالى التراضي هو المبيح للتجارة كما في قول الله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ...**﴾[5] [6].

---

[1] - انظر: ابن حزم: المحلى (324/7)، حسين: الملكية ونظرية العقد (203).

[2] - أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ح2697، (561)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ح1718/18، (867).

[3] - انظر: النووي: شرح مسلم (236/6)، ابن حجر: فتح الباري (367/5).

[4] - انظر: أبا زهرة الملكية ونظرية العقد (273).

[5] - سورة النساء من الآية (29).

[6] - انظر: حسين: الملكية ونظرية العقد (205).

3- ضعّف الزرقاء استدلال الأحناف بالمعقول حيث قال: " ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبنى لأن الواقع أن الإنسان لا يشترط في عقده منفعة أو التزاماً إلا وقد وازنه وحسب حسابه"[1].

[1] - الزرقا: المدخل الفقهي العام (178/1).

المبحث الثالث

التطور التاريخي للعقود ونظرة الشريعة للعقود المعاصرة

توطئة:

نتناول في هذا المبحث استعمال الناس للعقود قبل الإسلام وبعده، مبينين بدء استعمال الناس لها، والصعوبات التي تواجه الفقه الإسلامي في العقود التي ظهرت مؤخراً، إن كانت صعوبات، ويتكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

التطور التاريخي للعقود

المطلب الثاني:

الصعوبات التي تواجه الفقه الإسلامي في العقود المستجدة

المطلب الثالث:

ضوابط عامة للحكم على المسائل الحادثة

المطلب الأول

التطور التاريخي للعقود

إن الإنسان بطبعه يميل للعيش في جماعة، والجماعات يحدث بين أفرادها معاملات، كما يحدث بين الجماعات وجماعات أخرى، ومن ضمن هذه المعاملات العقود، ولكن لا أحد يعرف متى بدأت العقود، ومع ذلك فبعض الباحثين يرجعها إلى التبادل الفوري فعند الاحتياج يعطي الإنسان ويأخذ بقدر ما يعطي، أما الالتزام بالعقد فقد أرجعه بعض الباحثين إلى الدية المتولدة محل الأخذ بالثأر، وكانت الدية ذات طابع مدني وعقابي؛ أي تجمع بين صفتي العقوبة والتعويض في آن واحد[1]، وخالف في ذلك السنهوري حيث ذكر أن أول عقد عُرف هو عقد البيع بعد أن اخترعت النقود ثم تلا البيع الإيجار[2]، ويمكن الجمع بين الرأيين، فمن ذكر أن أول عقد هو الدية يكون قبل اختراع النقود وأما بعدها هو البيع.

ومن الملاحظ أن الجميع يتحدث عن أول عقد سجله التاريخ، أما العقد الحقيقي فهو أقدم من ذلك، وإلا كيف كان يتم التزاوج بين أبناء آدم عليه السلام إلا أن يكون عن طريق عقد زواج، وأيضاً قبل أن يتزوج أبناء آدم هل كانت تحدث بينهم مبادلات بين من كان يعمل بالزراعة مثلاً ومن يعمل بالرعي، وما هي صورة تلك المبادلات؟ أو هل كانت هبة من آدم لأحد أبنائه؟.

وعليه فالعقد بدأ منذ زمن آدم عليه السلام لكن أي عقد استعملوا أولاً فغير معروف لعدم التأريخ.

وعرف القانون الروماني القديم أنواعاً من العقود التي كانت تمتاز بشروط وشكليات معينة، فمثلاً كانوا يشترطون حضور المبيع مجلس العقد، فإذا أرادوا بيع قطعة من الأرض أحضروا جزءاً من ترابها رمزاً لحضور الأرض مجلس العقد[3].

والعرب في الجاهلية عرفوا بعض العقود، ومنها عقود حرمتها الشريعة الإسلامية مثل بيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر[4].

---

[1]- انظر: البعلي: ضوابط العقود (13)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (296/1).

[2]- انظر: السنهوري: شرح القانون المدني (4).

[3]- انظر: البعلي: ضوابط العقود (14)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (297/1)

[4]- انظر: المراجع السابقة.

ثم جاء الإسلام وقد نظم العقود، وجعل للمرأة حرية التعاقد، وصحح عقد الصبي المميز، وأبطل عقوداً كانت معروفة، وصحح عقوداً أخرى، وأقر عقوداً؛ حيث لم يلتزم بالشكليات التـــي كانت توجد قبله في العقود، وإنما نظر إلى جوهر العقد وماهيته، وفائدته وآثاره، وتحقيق العـــدل بين الناس[1].

---

[1] - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (299/1).

المطلب الثاني

الصعوبات التي تواجه الفقه الإسلامي في العقود المستجدة

الجديد من القضايا والمستجدات يظن الإنسان أنه ليس لها أصول في الشريعة الغـراء، وهذا الظن باطل؛ لأنه خلاف الواقع، فالشافعي رحمه الله يقول: " فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها"[1]، قال تعالى: ﴿**كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِ رَبِّهِمْ إِلَى صِرَاطِ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ**﴾[2]، وقال: ﴿**وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[3]، وقال: ﴿**وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحاً مِنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلا الْإِيمَانُ وَلَكِنْ جَعَلْنَاهُ نُوراً نَهْدِي بِهِ مَنْ نَشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ**﴾[4]، وقال: ﴿**مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ**﴾[5].

فهذه الآيات توضح شمولية الشريعة لجميع متطلبات الحياة.

أولاً: التكييف الفقهي للعقود المستجدة:

تعاني العقود المستجدة من صعوبة تصور الباحثين لموضوعها، في إمكانية إدراجها تحت الأصول والقواعد الفقهية، فالتصور الكامل للموضوع يجعل عند الباحث ملكة فقهية يستطيع رد العقد إلى الأصول والقواعد الفقهية لتخريج حكمها، ومن ثم إمكانية تكييف هذه العقود ومعرفة ما تنتمي إليه من موضوعات.

ثانياً: فهم فقه الواقع [6]:

من الصعوبات التي تواجه الفقه الإسلامي في العقود المستجدة صعوبة التعامل معها بما يناسب الواقع، فتقوم دراسة العقود على دراسة طبيعية ميدانية لا نظرية على الورق تستكشف جميع عناصره بإيجابياته وسلبياته، وتقوم الدراسة على نظرة علمية موضوعية بعيدة عن الهوى والمؤثرات السلبية التي تؤدي إلى التكلف في إعطاء العقد سنداً من الشرع لإعطائه حكماً بعيداً

1- الشافعي: الرسالة (20).

2- سورة إبراهيم: من الآية (1).

3- سورة النحل: من الآية (44).

4- سورة الشورى: أية (52).

5- سورة الأنعام: من الآية (38).

6- فهم الواقع: هو الفهم العميق لما تدور عليه حياة الناس وما يعترضها وما يوجهها. أحمد بو عود: فقه الواقع أصول وضوابط (42).

عن الحق[1]، فيكون الفقيه متفهماً للظروف المحيطة بالإنسان ومن ثم الحكم على العقود الجديدة بناءً على هذا الفهم.

وتكمن الصعوبة في عدة أمور منها:

1- العقود الجديدة قد تكون مركبة من أكثر من عقد من العقود التقليدية، وهذا ما يقتضيه العقد المعاصر، من أجل ذلك مطلوب من الباحث أن يبذل جهداً كبيراً في ذلك .

2- يوجد تدخل من بعض الدول المسيطرة في تحديد بعض أنواع العقود الداخلية والخارجية لحماية مصالحها الخاصة دون اعتبار قوانين تلك الدول الخاصة، فهي تجبرهم على ما تفرضه عليهم مثل (استئجار أرض من أراضي المسلمين لإقامة قواعد عسكرية لدول غير مسلمة لمحاربة المسلمين)[2].

3- احتكار بعض الدول وسائل الإنتاج والتجارة والصناعة، مما يؤدي إلى تحكمها بالدول الإسلامية التي ترضخ لمعاملاتها دون الرجوع للفقه الإسلامي[3].

4- وجود بلاد إسلامية محتلة من قبل بلاد غير إسلامية تتحكم في مواردها، فلا تسمح لها بتطبيق النظام الإسلامي أو تصحيح العقود المستجدة.

ثالثاً: التعاطي مع مقاصد الشريعة:

حتى يتم التعاقد بالعقد الجديد لا بد له أن يحقق مقاصد الشريعة التي تراعي مصالح الناس كافة، كالكسب الحلال والتعامل الحلال، فإن خالف العقد مقاصد الشريعة تكون المشكلة، فمثلاً نظام الفائدة والتعاملات التجارية وأعمال المصارف الغير إسلامية والتي تتعامل مع الفائدة الربوية التي حرمها الشارع، فالمعاملة مع تلك المصارف يخالف مقصد الشريعة في الكسب والتعامل الحلال[4]، ويمكن حل تلك المشكلة داخل الدولة الإسلامية بإقامة المصارف الإسلامية، أما أثناء تعامل الدولة الإسلامية مع الدول الغير إسلامية، وأيضاً تعامل الأفراد المسلمين مع تلك الدول فلا بد لهم من التعامل مع المصارف الربوية، وهنا تكمن الصعوبة.

---

[1]- انظر: القرضاوي: السياسة الشرعية (265).

[2]- انظر: السباعي: الوسيط في القانون التجاري (25/1).

[3]- انظر: نفس المرجع (25/1).

[4]- انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (51).

المطلب الثالث

ضوابط عامة للحكم على المسائل الحادثة

يقول الشافعي: "كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إن كان فيه بعينه حكم وجب إتباعه، وإذا لم يكن به بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد"[1].

إذن كل حادثة لا حكم فيها يجب الاجتهاد في طلب حكمها .

وبناءً على ذلك فإن حكم الحوادث الجديدة يجب أن تتحقق فيه مجموعة من الضوابط حتى ينسجم مع سائر الأحكام الشرعية وهذه الضوابط على النحو التالي:

أولاً: أهلية الباحث للحكم على القضايا المعاصرة ومنها العقود:

1- العلم بأحكام كتاب الله فيكون عارفاً بالناسخ والمنسوخ ومواقع آيات الأحكام وأسباب النزل وغير ذلك[2].

2- أن يكون عالماً بالسنة عارفاً بمواقع أحاديث الأحكام، ويستطيع الحكم على الحديث من حيث الصحة والضعف[3].

3- أن يكون محيطاً باللغة العربية وأصول الفقه، ومعرفة ما يحتاج إليه من العلوم العقلية[4].

4- أن يكون محيطاً بقواعد الشريعة؛ حتى يعرف الدليل الذي ينظر فيه هل يكون موافقاً لها أو مخالفاً[5].

5- أن يكون على معرفة بمقاصد الشريعة ما يكسبه قوة يفهم بها مراد الشارع فيراعيها عند الاجتهاد[6].

---

[1] - الشافعي: الرسالة (477).

[2] - انظر:علاء الدين رحال: ضوابط الاجتهاد عند ابن تيمية (63)، محمد شبير: المعاملات المالية المعاصرة(40).

[3] - انظر: المرجعين السابقين.

[4] - انظر: السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج (8/1)، رحال: ضوابط الاجتهاد عند ابن تيمية (63)، شبير: المعاملات المالية المعاصرة (40).

[5] - انظر: السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج (8/1).

[6] - انظر: السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج (8/1)، رحال: ضوابط الاجتهاد عند ابن تيمية (63)، شبير: المعاملات المالية المعاصرة (41).

6- أن يستطيع استنباط الأحكام من المسائل المنصوص عليها[1].

7- عدم الخروج عن أحكام الشريعة الثابتة بنصوص لا مجال فيها، أو الخروج عن كليات الشريعة المقررة بيقين لا يدع مجالاً لتجاوزها[2]،

ثانياً: تتبع أصول البحث في العقود المستجدة:

عند البحث في قضية على الباحث أن يتتبع بعض الخطوات حتى يكون حكمه موافقاً للصواب ومن هذه الخطوات ما يلي:

1- فهم موضوع العقد فهماً دقيقاً:

للحكم على العقد المعروض لا بد من فهم موضوعه واستيعابه ويتم ذلك بأمور منها:

أ- جمع المعلومات المتعلقة بموضوع العقد وأسباب ظهورها والظروف التي أحاطت بها.

ب- العمل بقوله تعالى ﴿**فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ**﴾[3]، فينبغي سؤال أهل الاختصاص، والتأكد من المعلومات التي تم جمعها والرجوع إليهم قبل إصدار الحكم[4].

ج- تحليل العقد المركب إلى عناصره التي يتكون منها، مثل بيع المرابحة للآمر بالشراء يحلل العقد إلى بيع ووعد وبيع مرابحة لأكثر من سعر يومه لأجل التأجيل،

2- **عرض العقد على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة**[5] عملاً بقوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً**﴾[6].

3- **عرض العقد على أقوال الصحابة واجتهاداتهم.**

4- **البحث عن موضوع العقد في مواطن الإجماع واجتهادات أئمة المذاهب الفقهية**، وذلك بالبحث في كتب الفقه.

---

[1]- انظر: رحال: ضوابط الاجتهاد عند ابن تيمية (68)، شبير: المعاملات المالية المعاصرة (41).

[2]- انظر: البوطي: قضايا فقهية معاصرة (24).

[3]- سورة النحل: من الآية (43).

[4] - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (2872/5).

[5] - انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (1493/3).

[6]- سورة النساء: آية (59).

5- **البحث في كتب الفتاوى القديمة والمعاصرة** لاحتمال وجود الفتوى عن العقد نفسه أو قريب منه.

6- **البحث في قرارات المجامع والندوات الفقهية المتخصصة** والتي تصدر قراراتها بناءً على أبحاث مقدمة وتقدمها في مجلات متخصصة ومنها:

أ- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التي تصدر في جدة.

ب- أعمال ندوات بيت التمويل الكويتي وبنك البركة.

ج- مجلة الاقتصاد الإسلامي التي تصدر في دبي.

د- مجلة البحوث الفقهية التي تصدر في دبي.

هـ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي التي تصدر في جدة.

7- **البحث في الرسائل العلمية المتخصصة**

8- **إذا لم يجد الباحث حكماً للقضية أعاد النظر من حيث موضوعها** وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد ويعرضها على أقسام الحكم التكليفي واستنباط الحكم.

9- **إذا لم يتوصل الباحث لحكم على العقد توقف** فلا يصدر حكماً لعل الله يهيئ من يصدر عليه حكم[1].

---

[1] - انظر: شبير: المعاملات المالية المعاصرة (45).

الفصل الأول

ماهية عقود الإذعان

توطئة:

يتناول هذا الفصل عقود الإذعان من حيث تعريفها وبيان أركانها وطبيعتها وأقسامها؛ لأنها حديثة في الفقه الإسلامي، و نحتاج إلى بيانها وكشف الغموض عنها، ويتكون من أربعة مباحث:

المبحث الأول:

مفهوم عقود الإذعان

المبحث الثاني:

أركان عقود الإذعان وخصائصها

المبحث الثالث:

طبيعة عقود الإذعان وأقسامها

المبحث الرابع:

حكم عقود الإذعان

المبحث الأول

مفهوم عقود الإذعان

توطئة:

يتناول هذا المبحث تعريف عقود الإذعان في اللغة والاصطلاح في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

تعريف الإذعان في اللغة

المطلب الثاني:

تعريف عقد الإذعان في الاصطلاح

المطلب الثالث:

تسمية عقود الإذعان بهذا الاسم

المطلب الأول

تعريف الإذعان في اللغة

الإذعان: الإسراع مع الطاعة والخضوع والانقياد والإقرار، من ذعن يذعن ذعناً، قال الله تعالى ﴿**وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ**﴾[1] ومعنى الآية أن المنافقين عندما يكون الحق معهم والحكم لصالحهم يأتون لسيدنا محمد صلى الله علي وسلم منقادين لحكمه مقرين به طائعين غير مكرهين بل وهم مسرعون[2].

فالإذعان هو الإسراع مع الطاعة تقول: أذعن لي أي طاوعني لما كنت ألتمسه منه وسارع إليه[3].

والإذعان **الخضوع**؛ ولكن اختلف أهل اللغة هل هو الخضوع مع الذل والهوان؟ قال به صاحب القاموس المحيط وصاحب لسان العرب وصاحب مختار الصحاح، أو هو بدون ذل وهوان؟ وبه قال صاحب الفروق اللغوية[4].

والإذعان الانقياد، يقال أذعن الرجل إذا انقاد، ومنه ناقة مذعان أي سلسة الرأس منقادة لصاحبها.

والإذعان للحق، والاعتراف به هو الإقرار[5].

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن الإذعان في اللغة هو: الانقياد بسرعة مع الطاعة، والإقرار، والخضوع.

والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة البحث هو **الانقياد والخضوع**.

1- سورة النور من الآية (49).

2- انظر الزمخشري: الكشاف (301/3)،الطبري: جامع البيان(6426/17)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (193/12)، ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (490/3).

3 - انظر: الفيومي: المصباح المنير(127) و (308)، الرازي: مختار الصحاح (130)، الزبيدي: تاج العروس(3385/1)، ابن زكريا: معجم المقاييس في اللغة (387)، الفيروز أبادي القاموس المحط (488/1)، ابن منظور لسان العرب (172/13).

4 - انظر: الرازي: مختار الصحاح (130)، العسكري: الفروق اللغوية (246)، الفيروز أبادي القاموس المحط (488/1)، ابن منظور لسان العرب (172/13).

5- انظر: الفيومي: المصباح المنير(127) و (308)، الرازي: مختار الصحاح (130)، الزبيدي: تاج العروس(3385/1)، ابن زكريا: معجم المقاييس في اللغة (387)، الفيروز أبادي القاموس المحط (488/1)، ابن منظور: لسان العرب (172/13).

المطلب الثاني

تعريف عقد الإذعان في الاصطلاح

توطئة:

لأن عقد الإذعان من العقود المستحدثة ــ كما ذكرنا من قبل ــ فإن العلماء الذين قاموا بتعريفه قد تأثروا بطبيعة هذا العقد، حيث جاءت هذه التعريفات متأثرة بإذعان أحد الطرفين العاقدين للآخر، وتوحي بأن هناك طرفاً واحداً هو الذي يتحكم في تقرير شروط العقد وما يترتب عليها من آثار، لذا فإني أقتصر على تعريفات أربعة على النحو التالي:

1. عرف البعلي عقد الإذعان بأنه: "**العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها**"[1].

لوضوح التعريفات سأقتصر على شرح هذا التعريف:

قوله: (**العقد**)[2]: وهو عام في كل عقد.

قوله: (**الذي يملي أحد طرفيه شروطه**[3]): يدخل به العقد بالمعنى العام، والشرط هو: "**ما لا يتم المشروط إلا به**"[4]، والمقصود ب(الذي يملي) هو الموجب.

قوله: (**ويقبلها الطرف الآخر**): هو القابل، وخرج به العقد من طرف واحد.

قوله: (**دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها**): خرج به عقود المساومة، والحق هو "الحكم المطابق للواقع"[5]

2. وعرف محمد علي القري بن عيد[6] عقد الإذعان بأنه: "**العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي**

---

[1] - البعلي: ضوابط العقود (314).

[2] - انظر ما رجحنا من تعريف العقد ص8، وهو:"انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي"

[3] - انظر: تعريف الشرط ص15.

[4] - الشيرازي: شرح اللمع (412/2).

[5] - الجرجاني: التعريفات (150)

[6] - محمد علي القري بن عيد مدير مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (305/3).

يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهـذا العقد"[1].

3. وذكر سانو[2] لعقد الإذعان تعريفين هما:

أ. "**عقد يقوم على اتفاق، يضعه أحد طرفي العقد، ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد**"[3].

ب. "**عقد تُقيد فيه حرية أحد طرفيه، ويسمح للطرف الأخر بحرية واسعة، بحيث يكون هنالك تفاوت بينهما فيما يتعلق بحق المساومة وتحديد السعر وسوى ذلك**"[4].

4. وعرف لاحم الناصر[5] عقد الإذعان بأنه: "**العقد الذي فيه احد طرفي العقد ينفرد بوضع تفاصيله وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو تعديلها أو إلغاء شيء منها؛ مما يؤدي إلى رجحان مصلحة الطرف الموجب على مصلحة الطرف القابل والإضرار بمصلحة الطرف القابل لهذه الشروط التعسفية**"[6][7].

مناقشة التعريفات السابقة:

بعد النظر والتأمل في هذه التعريفات يمكن تسجيل بعض الملاحظات عليها:

1- جميع التعريفات المذكورة غير مانعة، لدخول عقودٍ غيرِ عقود الإذعان كما في الشراء من المحلات الكبيرة، فالسلع فيها غالباً موضوعة في مظروف عليه سعرها، والمشتري يقبلها

1- القري بن عيد، محمد علي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (308/3).

2- قطب مصطفى سانو أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية بماليزا وعضو مجمع الفقه الإسلامي المنتدب. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (329/3).

3- سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (333/3).

4- المرجع السابق.

5- لاحم حمد الناصر: من المملكة العربية السعودية ــ الرياض ولد سنة 1968م.، حاصل على البكالوريوس من كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، متخصص في المصرفية الإسلامية. بوابة البنوك http://banksgate.com/vb/archive/index.php

6- عرف الدريني التعسف بأنه:" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل" الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق (87).

7- الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية http://www.aawsat.com/details.asp?section

كما هي، وهو ليس مضطراً لها؛ لوجود تلك السلع في المحلات الصغيرة، وهذه هي صورة بيع المعاطاة[1].

2- كل التعريفات تمتاز بالتطويل؛ مما يؤدي إلى ضياع المعنى المستفاد منها وصعوبة تصوره؛ وذلك مثل تعريف القري بن عيد.

3- غالب التعريفات تشترك في أن عقد الإذعان يكون بين طرفين، أحدهما يفرض شروطه على الآخر.

4- ذكر الناصر في تعريفه أن هناك ضرراً يقع على مصلحة الطرف القابل، وهذا به غموض حيث لم يوضح نوع الضرر الواقع عليه، وإذا أراد الضرر بمعناه العام فيكون مبالغة، فلا يتصور أن يقبل عاقل عقداً فيه ضرر عليه.

التعريف الراجح:

بعد النظر في التعريفات السابقة وتصورها فإنني أرى أن يكون تعريف عقد الإذعان كالتالي:

"**العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله دون مساومة أو تغيير في شروطه**".

العلاقة بين تعريفي عقد الإذعان في اللغة والاصطلاح:

بعد النظر والتدقيق في المعنيين اللغوي والاصطلاحي لعقد الإذعان، نجد أن التعريفات الاصطلاحية تدور حول المعنى اللغوي الواضح للإذعان، من حيث الانقياد والخضوع والطاعة.

تعريف عقد الإذعان في القانون:

لما كان الإذعان من العقود المستحدثة فإن القانونيين أول من عرفه، وأذكر بعضاً من تعريفاتهم.

1- عرف السنهوري عقد الإذعان بأنه: "**العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب**"[2].

1- عُرف بيع المعاطاة بأنه: "وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراضٍ منهما من غير لفظ". ابن نجيم: البحر الرائق (451/5).

2- السنهوري: نظرية العقد (279).

2- وعرف الهاجري[1] عقد الإذعان بأنه: "**انفراد أحد طرفي العقد بوضع شروط التعاقد في قالب إيجاب واحد مستمر، موجه للجمهور، بحيث لا يكون أمام من يرغب بالتعاقد سوى أن يذعن لهذه الشروط و قبولها كما هي دون تفاوض، أو أن يرفض التعاقد كليةً**"[2].

3- عرف عبد الله باجبير[3]عقد الإذعان بأنه: "**العقد الذي يفرض فيه احد الطرفين شروطه على الآخر**"[4].

مناقشة التعريفات:

1- يؤخذ على بعض التعريفات بالتطويل، مما يؤدي إلى ضياع المعنى المستفاد منها وصعوبة تصوره، مثل تعريف الهاجري.

2- تؤكد هذه التعريفات إلى قوة الطرف الموجب وتفرده في وضع شروط لصالحه وإضعاف الطرف الآخر.

3- التعريفات السابقة فيها دور[5] حيث عرف عقد الإذعان بأنه (عقد....الخ)، وبعضها عرفها بالإذعان مثل قوله (إذعان...) أو (يذعن...) فيكون بذلك قد عرف العقد بنفسه.

العلاقة بين تعريف عقد الإذعان في الفقه وتعريفه في القانون:

1- تشترك تعريفات عقد الإذعان في الفقه مع تعريفاته بالقانون بأن كلاً منها ركزت على أن الطرف الموجب هو الطرف القوي، والذي ينفرد بوضع شروطه وتكون غالباً لمصلحته.

2- كما تشترك بأن جميعها تخلو من المساومة، فالقابل يقبل العقد كما هو أو يرفضه كما هو.

3- لا توجد فروق جوهرية بين تعريفات الفقه وتعريفات القانون لعقد الإذعان.

---

[1] - مشاعل عبد العزيز هاجري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق ـ جامعة الكويت. law.kuniv.edu.kw/mashael/fc%

[2]- الهاجري: الالتزامات المدنية والإثبات بعض الصور الخاصة بالتعاقد 8 law.kuniv.edu.kw/mashael/fc%20Handout%202.doc

[3] - عبد الله باجبير سعودي يكتب في جريدة الشرق الأوسط.

[4]- باجبير: مقال في جريدة الشرق الأوسط العدد (8112) الإثنين 1421/11/19هـ ـ 2001/2/12م.
http://www.asharqalawsat.com/leader.asp?section=3&issueno=8112&article=25842&search=عبد الله باجبير&state=true

[5] - الدور: توقف الشيء على ما يتوقف عليه. الجرجاني: التعريفات (176).

المطلب الثالث

سبب تسمية عقود الإذعان بهذا الاسم

عقود الإذعان مصطلح غربي حديث، جاء لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة[1] وتسمى بعقود الانضمام في القانون الفرنسي، ثم تُرجم الاسم إلى عقود الإذعان، وقد سماها بهذا الاسم السنهوري، ثم انتشر الاسم في القانون والفقه الإسلامي[2]، ويسمى هذا العقد في القانون اللبناني (عقد موافقة)؛ لأن القابل يوافق على العقد دون منافسة أو مناقشة، ويقابله عقد التراضي الذي يقوم على المساومة، كما يطلق عليه إذا كان يقدم خدمات وأنشطة ذات أهمية للجمهور عقد المرافق العامة أو الاحتكارات الطبيعية[3].

وسُمي عقد الإذعان بذلك لما فيه من انقياد أحد طرفي العقد وإذعانه لما جاء فيه من شروط دون أي معارضة. [4]

اعتراض على تسميتها عقود الإذعان:

ذكر حماد[5] اعتراضاً للدكتور رفيق المصري على التسمية بالإذعان من كتابه الخطر والتأمين ما نصه "عبارة (عقود الإذعان) ترجمة عربية للعبارة الفرنسية (contract d'adhesion) ويبدو أنها من اختيار الدكتور عبد الرزاق السنهوري رجل القانون المصري الشهير، إلا أنني لا أوافقه على هذه الترجمة العربية، التي اعتبرها مسئولة حتى يومنا هذا عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود.

فالفقيه المعاصر كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم؛ ذلك أن لفظ الإذعان تأباه النفوس الحرة الباحثة عن الحرية، والرضا الحقيقي المتبادل.

1- مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) المجلة ع 14 (523/3).

2- انظر السنهوري: نظرية العقد (279)، لاحم الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية www.alaswaq.net

3- انظر: الندوي (علي أحمد الندوي المستشار الشرعي بأمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي بالرياض): عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ع 14 (386/3)، أبا ليل (محمود أحمد أبو ليل أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة) ومحمد سلطان العلماء (محمد عبد الرحيم سلطان العلماء أستاذ الفقه وأصوله المساعد رئيس قسم الدراسات الأساسية جامعة الإمارات العربية المتحدة): عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (275/3).

4- انظر: سانو: عقود الإذعان مجلة الفقه الإسلامي ع14، (336/3)،السنهوري: نظرية العقد (279)، القري بن عيد: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14، (308/3).

5 - نزيه كمال حماد أستاذ الشريعة الإسلامية فانكور ــ كندا.

فـ(أذْعَن) كما في معاجم اللغة تعني: ذل وخضع وانقاد فهي مرتبطة إذن بمعاني الذل والإكـــراه والامتثال والانصياع، وربما تكون هذه المعاني حاجبة للفقيه من أن يغوص وراء اللفــظ ليتبـــين معناه الحقيقي لذلك غالباً ما يتخذ موقفاً نفسياً مسبقاً يميل فيه إلى النفور والتحريم.

وإني أقترح ترجمة أخرى لهذه العقود، بحيث تسمى **(عقود الانضمام)** بدلاً مـــن عقـــود الإذعان، فلفظ الانضمام أقرب إلى معنى اللفظ الفرنسي وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام، ولا أجد حاجة للعدول عن معنى اللفــظ الفرنـــسي إلى معنى آخر"[1].

الرد على الاعتراض:

بعد النظر والتدقيق في اعترافات بعض العلماء يمكن بيان الأمور التالية:

1- السنهوري ذكر الترجمة بعقود الانضمام، وبذلك لم يخطئ بالترجمة، ولكنه آثـــر التـــسمية بعقود الإذعان وبين السبب في ذلك لما تحوى هذه العقود من خضوع القابـــل للعقـــد دون اعتراض[2].
2- التعاقد عن طريق الانضمام قد يشمل عقوداً لا يوجد بها اضطرار ولا خضوع من القابـــل كما في الشراء من المحلات الكبرى المحددة الأسعار[3].
3- "**العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ**"[4] وترجيح لفظ على آخر لا عبرة له في مبنى تلـــك العقود، وإدراج عقود التأمين ضمن عقود الإذعان، لا يعني دليل تحريم تلك العقود، وإنما هناك أدلة أخرى على التحريم لا علاقة لها بهذا الاسم[5].

التسمية الراجحة:

بعد عرض أقوال الفقهاء والقانونيين لتسمية تلك العقود بعقود الإذعان، ومناقشة الـــبعض لهذه التسمية، يمكن ترجيح تسمية العقود بالإذعان لا بالانضمام، كما ذهب إليه البعض وذلك لما تقدم من ردود.

---

[1]- حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (360/3).

[2]- انظر: الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14، (387/3).

[3]- انظر: أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (275/3).

[4]- السيوطي: الأشباه والنظائر(11).

[5]- انظر: الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14، (387/3).

المبحث الثاني

أركان عقود الإذعان وخصائصها

توطئة:

عقود الإذعان تختلف عن غيرها من العقود المعروفة الأخرى؛ لأنها ليست من العقــود المسماة المشهورة، من أجل ذلك وحتى تتضح ماهيتها بجلاء، كان لا بد من استعراض أركانهـا وخصائصها التي تتميز بها عن غيرها، ونبين ذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

أركان عقود الإذعان

المطلب الثاني:

خصائص عقود الإذعان

المطلب الأول

أركان عقود الإذعان

نتناول في هذا المطلب الحديث على أركان عقد الإذعان على النحو التالي:

أولاً: الصيغة:

وتتكون الصيغة من الإيجاب والقبول

1- الإيجاب في عقود الإذعان:

يكون الإيجاب في عقود الإذعان موحداً للجميع ومعروضاً بشكل دائم مستمر، يطبق بشكل ثابت على جميع العقود المشتركة بذات الموضوع التي ستبرم خلال فترة معينة، ويغلب أن تكون الصيغة مطبوعة، تتضمن جميع الأحكام والشروط الجوهرية للعقد، يقوم بوضعها الموجب وهي موحدة متماثلة، ودائمة مستمرة، ثابتة لا تتغير، حتى يقوم الموجب بتغييرها، ولا تقبل النقاش، وتكون لمصلحته دائماً.

وعقود الإذعان نهائية، إذا ارتبط الإيجاب بالقبول يتم العقد غالباً[1] ولا يمكن الرجوع عنه إلا بموافقة الطرف الآخر، إن لم يشترط الموجب عدم إلزام العقد له، ويمكن أن تكون معلقة على شرط، والمنافسة فيها محدودة النطاق[2].

وبناء على ما سبق فإني أرى أن الإيجاب في هذه العقود يختلف تماماً عن الإيجاب في غيرها، حيث إن الإيجاب في العقود الأخرى قد يختلف في صياغته، أو بعض عناصره من فرد

---

[1]- قلت غالباً لأنه قد لا يقع العقد حتى بعد ارتباط الإيجاب بالقبول في بعض الأحوال، كما إذا كان مصلحة العمل تقتضي ذلك أو فُقد المعقود عليه، ولا يوجد مبرر لإيجاد شيء جديد محله. انظر: السنهوري: نظرية العقد (282).

[2]- انظر: حمداتي (حمداتي شبيهنا ماء العينين، رئيس المجلي العلمي،بحث في الفقه المقارن، المغرب): عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (461/3)، السنهوري: نظرية العقد (281)، لاحم الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية www.alaswaq.net، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6)، ع14 (524/3)، القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (309/2)، أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3)، الفرفور (محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، رئيس مجمع الأقصاب الإسلامي بدمشق، الأمين العام للمجمع العلمي العالمي للدراسات والأبحاث): عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (227/3)، الهاجري: الالتزامات المدنية والإثبات بعض الصور الخاصة بالتعاقد 8 law.kuniv.edu.kw/mashael

لآخر، مثل عقد السلم، بينما عقود الإذعان يمتاز بأن الإيجاب فيها موحد للجميع، كما في عقد العمل.

2- القبول في عقود الإذعان:

القبول في عقود الإذعان يكون بانضمام الطرف الثاني (القابل) مذعناً للإيجاب بشروطه دون أن يناقش تلك الشروط، أو أن يغير فيها أو أن يعدل منها شيئاً، وربما لا يطلع على تلك الشروط؛ لأن الإيجاب يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي لا غنى له عنها، والقبول دائماً لا يعبر عن رضا حقيقي؛ لأن القابل لا يملك شيئاً تجاه الشروط[1].

ثانياً: العاقدان:

ويتوفر بهما الشروط التي بيناها في الفصل التمهيدي[2].

والعاقدان في عقود الإذعان يتميزان عن غيرهما من العقود الأخرى بميزات خاصة، تفرضها طبيعة عقد الإذعان نفسه، وكذلك يكون كل واحد منهما قابلاً أو موجباً، وذلك على النحو التالي:

العاقد الأول: الموجب:

ويكون هو المسيطر على العقد، والذي ينفرد بوضع تفاصيل العقد وشروطه ، ويكون محتكراً للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونياً[3] أو فعلياً[4]، وقد يكون الموجب شركة أو حكومة أو جهة رسمية أو منظمة أهلية أو غير ذلك[5].

1- انظر: السنهوري: نظرية العقد (282)، لاحم الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية www.alaswaq.net، الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (228/3)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6)، ع14 (524/3)، القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (309/3)، الهاجري: الالتزامات المدنية والإثبات بعض الصور الخاصة بالتعاقد 8 law.kuniv.edu.kw/mashael

2- راجع الفصل التمهيدي ص17.

3- من أمثلة الاحتكار القانوني " شركات الهاتف والمياه والكهرباء" أبو الليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الدولي ع14 (277/3).

4- من أمثلة الاحتكار الفعلي "تفرد الموجب بالإنتاج" المرجع السابق.

5- انظر: لاحم الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية www.alaswaq.net، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6)، ع14 (524/3).

العاقد الثاني: القابل:

ويكون فرداً أو شركة أو جهة حكومية أو أهلية، يسلم بشروط العقد جميعها، فيوافق عليها أو يرفضها جميعها إذ لا تقبل المناقشة أو التجزئة، ولكن في الواقع لا يستطيع أن يرفضها لحاجته الماسة لمحل العقد[1].

ثالثاً: المعقود عليه (محل العقد):

المعقود عليه يتعلق بسلع، كما في الوكالات الحصرية عندما يستورد سلعة ما ويضع شروطه التي يريد، أو منافع كما في شركات الكهرباء والشبكة العالمية والهاتف، أو خدمات كما في شركات التأمين، وجميعها يحتاج إليها جمهور الناس حاجة ماسة لا تستقيم حياتهم بدونها ولا يستطيعون الاستغناء عنها، أما إذا كانت ضرورية لفرد بعينه وغير ضرورية لباقي الناس لا تكون ضمن عقود الإذعان[2].

[1]- انظر: أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (278/3).

[2]- انظر: القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (313/3)، لاحم الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربية www.alaswaq.net، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6)ع14 (523/2)، أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (278/3).

المطلب الثاني

خصائص عقود الإذعان

توطئة:

إن عقد الإذعان ينفرد عن غيره من العقود بمجموعة من الخصائص تميزه عنها، وتضبطه وترسم تصوراً عاماً عنه، وأتحدث عن هذه الخصائص على النحو التالي:

1- صدور الإيجاب موحد الشروط والتفاصيل للجمهور، وعلى شكل مستمر، فهو غير موجه لشخص بعينه، إنما هو موجه لكل من يملك أهلية القبول ودون أن ينتهي بانتهاء المجلس كما في العقود التقليدية التي ينتهي الإيجاب بمجرد انفضاض مجلس العقد[1].

2- القبول في تلك العقود يكون تسليماً بما جاء في الإيجاب جملة وتفصيلاً، دون إبداء أدنى رأي، ويكون عقد الإذعان ملزماً بالنسبة للطرف القابل، أما الموجب فإنه يكون ملزماً في العقد إن لم يشترط لنفسه حق الفسخ، أما إن اشترط ذلك لنفسه فلا يكون ملزماً به[2].

3- محل عقد الإذعان سلع وخدمات ضرورية لا يستغني عنها القابل، والضرورة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما يكون في مجتمع ضرورياً يكون حاجياً، أوتحسينياً في مجتمع آخر[3].

---

[1]- انظر: الجواهري (حسن الجواهري، المدرس بالحوزة العلمية قُم ـ إيران): عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (427/3)، حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (359/3)، حمداتي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (461/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (334/3)، القري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (316/3)، الفرفو: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (227/3)، أبا الليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3)مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) (523/3)، الناصر: عقود الإذعان www.alaswaq.net

[2] - انظر: المراجع السابقة.

[3]- انظر: الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (427/3)، حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (359/3)، حمداتي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (461/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (334/3)، القري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (316/3)، الفرفو: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (227/3)، أبا الليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) (523/3)، الناصر: عقود الإذعان www.alaswaq.net

4- ينفرد الموجب بوضع الشروط والتفاصيل التي دائماً تكون لصالحه، ولا يكون للطرف الآخر أي شروط، وظاهر تلك الشروط أنها تعسفية لانفراد الموجب بوضعها، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر، وما كان للقابل أن يرضى بها لو كانت له الحرية الكاملة في المساومة[1].

5- احتكار مقدم السلعة أو الخدمة لها احتكاراً فعلياً كتفرد الموجب بالإنتاج، أو قانونياً كشركات الهاتف والمياه والكهرباء، أو سيطرته بمنافسة شكلية بتكتل المنتجين واتفاقهم وتوحيد شروطهم كما في شركات التأمين، أو منافسة محدودة جداً لا تحول دون سيطرة الموجب أو تحكمه في الشروط[2].

6- عقود الإذعان ليست أبدية بل تنتهي بالفترة المحددة لها، إن كان هناك زمن للانتهاء. [3]

[1]- انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (427/3)، حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (359/3)، حمداتي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (461/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (334/3)، القري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (316/3)، الفرفو: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (227/3)، أبا الليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) (523/3)، ، الناصر: عقود الإذعان www.alaswaq.net

[2] - انظر: المراجع السابقة.

[3]- انظر: الهاجري: الالتزامات المدنية والإثبات بعض الصور الخاصة بالتعاقد 9 law.kuniv.edu.kw/mashael

المبحث الثالث

طبيعة عقود الإذعان وأقسامها

توطئة:

إذا كانت عقود الإذعان تتميز بالميزات الخاصة التي تحدثت عنها فيما سبق، فـــإن هـــذا يعني أن لها طبيعة خاصة، غير طبيعة سائر العقود الأخرى، وكما أن لها أقسامها الخاصة بهـــا، من أجل ذلك فإني سأفرد الحديث في هذا البحث عن كل من طبيعة عقود الإذعان وأقسامها، كل في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول:

طبيعة عقود الإذعان

المطلب الثاني:

أقسام عقود الإذعان

المطلب الأول

طبيعة عقود الإذعان

نظراً لأن القانونيين هم أول من تكلم عن عقود الإذعان ولم أجد من علماء الفقه فيما أعلم من تحدث عن طبيعة عقود الإذعان فسأتناول الحديث عن ذلك.

أولاً: طبيعة عقود الإذعان عند أهل القانون:

اختلف القانونيون فيما بينهم في تحديد عقود الإذعان، وكان خلافهم حاصلاً في المذهبين التاليين الذين ذكرهما السنهوري على النحو التالي:

المذهب الأول: إن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ذهب إلى ذلك بعض فقهاء القانون.

المذهب الثاني: إن عقود الإذعان عقود حقيقية ملزمة بكل ما جاء فيها لا تختلف عن سائر العقود الأخرى، ذهب إلى ذلك أكثر فقهاء القانون ومنهم السنهوري والهاجري[1].

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه "**أن عقود الإذعان ليست حقيقية**" بما يلي:

عقود الإذعان ليس لها صبغة قانونية؛ لأن العقد توافق إرادتين على حرية واختيار، وعقود الإذعان مجرد إذعان لما يصدر من إرادة حرة واحدة هي التي تستقل بوضع شروط التعاقد ثم فرضه على الجانب الآخر، فمن يتعامل مع شركات الاحتكار لا يقف معها موقف الند من الند، بل ينزل على حكم الشركات، وتكون الرابطة القانونية بينهما أوجدتها إرادة المحتكر إرادة بمثابة قانون أخذت شركات الاحتكار بإتباعه، فيفسَر العقد باعتبار أنه قانون لا باعتبار أنه توافق إرادتين[2].

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب لما ذهبوا إليه "**أن عقود الإذعان حقيقية**" بما يلي:

---

[1]- انظر: السنهوري: نظرية العقد (283)، الهاجري: مقدمة في نظرية العقد 6 http://law.kuniv.edu.kw/mashael/OE%20Lecture%203%20PPT

[2]- انظر: السنهوري: نظرية العقد(283).

1- إن عقد الإذعان عقد حقيقي، يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لهـا سـائر العقود، حتى لو كان أحد المتعاقدين ضعيفاً أمام الآخر، فهذا لا يؤثر علـى طبيعـة العقـد لإمكانية تنظيم عقد الإذعان مثل تنظيم عقد العمل.

2- إن الإضرار الذي قال به أصحاب المذهب الأول يتحقق بأي عقد، فيمكن أن يتـضرر أحـد العاقدين أو كلاهما عند إبرام العقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيـه، بـل قـد يكون الضرر في عقد الإذعان أقل من بعض العقود الأخرى لتساوي الجميـع أمـام مبـدأ العقد[1].

3- وما قيل إن في عقد الإذعان إكراهاً وهذا الإكراه يؤثر على الرضا فهو مـردود؛ لأن هـذا الإكراه إكراه اقتصادي، وهو لا أثر له في صحة العقد[2].

سبب الخلاف:

اختلف القانونيون في طبيعة عقد الإذعان بسبب اختلافهم في القبـول، فمـن رأى أن عقـد الإذعان فيه القبول متحقق المعنى والشروط، قال بأنه عقد حقيقي، ومن قـال إن القبـول لـيس بالمعنى وإنما هو مجاز وانتفى الرضا منه، قال إنه قاعدة قانونية وليس بعقد[3].

الراجح:

ترى الباحثة أن المذهب الثاني القائل: "**إن عقود الإذعان عقود حقيقية ملزمة بكل ما جـاء فيها لا تختلف عن سائر العقود الأخرى**" هو الراجح للأسباب الآتية:

1- قوة الأدلة التي استندوا إليها.

2- ما سيأتي من طبيعة عقد الإذعان في الفقه الإسلامي الموافق لهذا المذهب.

ثانياً: طبيعة عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

تختلف نظرة الفقه الإسلامي لعقد الإذعان عنها في القانون الوضعي؛ وذلك أن عقود الإذعان من وجهة نظر الفقه الإسلامي عقود حقيقية قولاً واحداً، لم أرَ -فيما اطلعت عليه- مخالفاً لـذلك حيث إن عقود الإذعان صادرة عن إرادتين بغض النظر عن التفاوت في الرضا، فالعلاقة بـين الموجب والعاقد أمر خاص، ولو سلمنا جدلاً أن عقود الإذعان تصدر عن إرادة واحدة فـذلك لا

1- انظر: السنهوري: نظرية العقد (285).

2- انظر: عبد الهادي عباس: عقد الإذعان، www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func

3- انظر: المرجع السابق.

ينفى عنها أنها عقود حقيقية، ولو كانت بالمعنى العام للعقد، حتى لو قيل: إن العقد إذا أطلق أريد منه المعنى الخاص.

وربما يرجع الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون إلى الخلاف في تعريــف العقد، حيث يُعرف فقهاء الشريعة كما تقدم في الفصل التمهيدي و الراجح تعريف الأحناف وهــو "**انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي**"[1]، ويعرف القانونيون العقد بأنه: "**اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله أو إنهائه**"[2].

وهكذا يتبين من خلال التعريفين أن العقد في الفقه الإسلامي ليس اتفاق إرادتين فحــسب، إذ ليس كل اتفاق إرادتين هو عقداً؛ وإنما هو ارتباط إيجاب بقبول علــى وجــه مــشروع، وعقــد الإذعان ارتبط الإيجاب بالقبول فهو عقد في الفقه الإسلامي بكل ما فيه من الاضطرار.

أما العقد في القانون فهو اتفاق إرادتين، وقد توهم فريق من أهل القانون أن اتفاق الإرادتــين غير موجود في عقد الإذعان، مع أن اتفاق الإرادتين أمر خفي، يكشف عنه الإيجاب والقبــول، ولا يتم عقد الإذعان إلا بإيجاب وقبول، فهو عقد حقيقي ينشأ عن اتفاق إرادتين.

[1] - راجع الفصل التمهيدي ص 8.

[2] - السنهوري: نظرية العقد (80).

المطلب الثاني

أقسام عقود الإذعان

توطئة:

عقود الإذعان كثيرة، متعددة المجالات لا أستطيع حصرها، غير أني سأجتهد في بيــان معظمها، والتعرف عليها؛ لذلك رأيت تقسيم تلك العقود باعتبارات مختلفة؛ ليسهل دراسة أي عقد أو إلحاقه بها، أو نفيه عنها من حيث الأحكام.

يمكن تقسيم عقود الإذعان بحسب اعتبارات مختلفة كالتالي:

أولاً: تقسيم عقود الإذعان من حيث الثمن:

تنقسم عقود الإذعان من حيث الثمن إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان فيه الثمن عادلاً ولا ينطوي على ظلم للطرف القابل:

ويكون الثمن في هذا القسم هو ثمن المثل أو مع غبن[1] يسير معفو عنه، فــالعقود صــحيحة بالنسبة للثمن لا ظلم فيها، وليس لولي الأمر أن يتدخل بالثمن[2].

القسم الثاني: ما كان الثمن فيه غير عادل وانطوى على ظلم للطرف القابل:

ويكون الثمن في هذه العقود أكثر من ثمن المثل مع غبن فاحش، فتنطوي العقود على ظلــم للطرف القابل، مما يتطلب تدخل السلطات المعنية بالتسعير العادل لرفع الظلم من هذه العقود[3].

ثانياً: تقسيم عقود الإذعان من حيث الشروط:

تنقسم عقود الإذعان من حيث الشروط إلى قسمين:

القسم الأول: ما كانت شروطه عادلة ومعتبرة شرعاً:

إذا كانت الشروط لا تنطوي على ظلم للطرف القابل، فإن الشروط العادلة لا تنطوي علــى ظلم، فهذه العقود صحيحة بالنسبة للشروط، ولا يتدخل السلطان فيها، فهي تتم برضا الطرفين[4].

---

1 - الغبن هو: عدم تساوي أحد العوضين في عقد المعاوضة بالآخر، بأن تكون قيمته أكثــر أو أقــل. حــسين: الملكية ونظرية العقد (330).

2 - مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (524/3).

3 - المرجع السابق.

4 - مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (524/3).

القسم الثاني: ما تضمن شروطاً غير عادلة فيها الظلم والتعسف[1]:

تكون الشروط في هذه العقود لصالح طرف، وضد الطرف الآخر، لذلك يتدخل صاحب السلطة المعني في منع تلك الشروط التعسفية بإلغائها أو تعديلها، وتفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف المظلوم[2].

ومن أمثلة الشروط التعسفية:

1- اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع، والالتزام بحكم هيئة معدة في حال النزاعات ومذكورة في العقد، وإذا لم يلتزم بهذا الشرط تسقط حقوقه الباقية له بموجب العقد، مثل حق مكافأة نهاية الخدمة في عقود العمل.

2- اشتراط التنازل عن حق المطالبة بتصحيح أخطاء حدثت بعد العقد في سجلات أو غيرها، وسقوط حق الاعتراض عليها بعد مدة وجيزة من حدوثها، حتى ولو علم بها متأخراً بعد المدة المحددة للاعتراض.

3- اشتراط أن مجرد إرسال الشعارات إليه على العنوان الذي ذكره في العقد يعد تسلماً منه بمجرد إيداع الشعارات والخطابات في مكتب البريد.

4- جعل العقود جائزة في حق الطرف القوي، فيجوز له فسخه أو تغيير شروطه في أي وقت، بإرادة منفردة دون الرجوع للطرف الآخر، والذي تكون العقود لازمة في حقه بمجرد توقيعه على العقد[3].

ثالثاً: تقسيم عقود الإذعان من حيث مجالاتها:

تنقسم عقود الإذعان من حيث مجالاتها إلا ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عقود خدماتية:

وهي التي تقدم خدمات للناس كعقود شركات الكهرباء والهاتف، وعقود النقل بوسائله المختلفة، ومصالح البريد والتلغراف[4].

---

[1] - يعرف التعسف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعاً بحسب الأصل" الدريني: نظرية التعسف (87).

[2] - مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم 132 (14/6) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (524/3).

[3] - القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (315/3).

[4] - انظر: الفرفور: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (200/3).

القسم الثاني: عقود ضمان:

مثل عقود التأمين بأنواعه المختلفة[1]، وعقود الضمان (الكفالة) في المصارف[2].

القسم الثالث: عقود سلع (الوكالات الحصرية):

كالعقود مع المستشفيات بغرض حصر الأجهزة المهمة، وعقود السلع التـــي تـــستوردها الدولة أو تصنعها وتمنع غيرها من استيرادها، أو تصنيعها، أو أعطت الدولة وكالة لجهة معينـــة لاستيراد سلعة تمنع الغير من استيرادها، أو الوكالة التي تعطيها شركة كبيرة لوكيل لها في بلـــد، تعطيه امتيازاً لا يستورد إنتاجها ويسوقه في بلده غيره[3].

[1] - انظر: الفرفور:عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (200/3).

[2] - انظر: نموذج ضمان تسديد فواتير جوال: البنك الإسلامي الفلسطيني.

[3] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (376/3)، الفرفور: عقود الإذعـــان، مجلـــة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (253/3)، النـــدوي: عقـــود الإذعـــان، مجلـــة مجمـــع الفقـــه الإســـلامي ع14(412/3).

المبحث الرابع

حكم عقود الإذعان

توطئة:

يتناول هذا المبحث أقوال العلماء في حكم عقود الإذعان عامة، وتدخل صاحب الأمر فيهـــا، في مطلبين:

المطلب الأول:

أقوال العلماء في حكم عقود الإذعان

المطلب الثاني:

تدخل الدولة في عقود الإذعان

المطلب الأول

أقوال العلماء في حكم عقود الإذعان

حكم عقد الإذعان:

لما كانت عقود الإذعان متعددة الأنواع وتأخذ طابعاً معيناً يختلف عن باقي العقود كان لا بد من دراسة هذا العقد بالكيفية المذكورة وإلا فلا يمكن معرفة كل عقد إلا إذا بحث على انفراد من حيث الصحة والفساد والبطلان[1]، لذا فقد رأيت أن يكون حكم عقود الإذعان بهذا الاسم لأن الحكم على أي نوع من أنواعه حكم على باقي الأنواع.

مذاهب العلماء في حكم عقود الإذعان:

اختلف العلماء في حكم عقود الإذعان على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب كل من الجواهري وحماد وسانو ومحمد سلطان العلماء والفرفور في قول له والقري بن عيد وأبي ليل والندوي إلى إباحة عقود الإذعان ونسب الفرفور الإباحة للزرقا[2].

المذهب الثاني: ذهب الفرفور في قول له إلى كراهة عقود الإذعان[3].

المذهب الثالث: نسب الفرفور إلى جمهور من الفقهاء المعاصرين منهم قدري باشا وأبو زهرة ووهبه الزحيلي إلى منع عقود الإذعان مطلقاً. [4]

الأدلة والمناقشة:

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه من إباحة عقود الإذعان بالقرآن والسنة والمعقول:

---

[1]- انظر عبد الناصر أبو البصل: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (513/3)

[2]- انظر الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 14 (447/3)، حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 14 (372/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد14 (337/3)، أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 14 (285/3)، الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد14، (241/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 14 (417/3)

[3]- انظر: الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد14 (241/3)

[4]- انظر: المرجع السابق.

القرآن الكريم:

استدل أصحاب هذا المذهب بآية واحدة هي: قول الله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ...﴾[1].

وجه الدلالة:

تدعو الآية في عمومها إلى إتمام العقد والشريعة الإسلامية لا تقف عاجزة أمام التطورات الاقتصادية فهي تتطلع إلى المقاصد الأساسية التي شرع من أجلها التعاقد ومنه رفع الحرج[2].

السنة النبوية:

استدل أصحاب هذا المذهب بحديث واحد هو: قَول رَسُول اللَّهِ ﷺ: "...**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا**"[3].

وجه الدلالة:

يدعو الحديث على إتمام العقد؛ حيث يدعو إلى الالتزام بالشروط ولا يخلوا عقد من الشروط[4].

المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول من وجهين:

1- إن الناس محتاجون إلى تلك العقود ولو حكمنا عليها بالمنع لوقع الناس في ضيق وحرج والحاجيات تنزل منزلة الضروريات[5] في إباحة المحظورات[6].

2- إن عقود الإذعان التي تتضمن شروطاً قد لا يرضى بها الطرف الثاني عندما يكون له الخيار لا تفقده مبدأ التراضي ولا تصل إلى درجة الإكراه لعدم وجود قوة قاهرة تخيفه وتهدد حياته أو إتلاف عضو من أعضائه أو غير ذلك[7].

1- سورة المائدة من الآية (1).

2- انظر: القرطبي:الجامع لأحكام القرآن (1638/3)، البيضاوي: تفسير البيضاوي (288/2).

3- سبق تخرجه ص(22).

4- انظر: ابن حجر: فتح الباري (382/5).

5- القاعدة الفقهية تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة). السيوطي: الأشباه والنظائر(88).

6- الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (241/3).

7- انظر القري بن عيد: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه ع 14 (325/3)، الندوي: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (417/3).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا إليه من كراهة عقود الإذعان بالمعقول حيث قالوا:

إن عقد الإذعان يشتمل على احتكار، والاحتكار ضـــرر بـــالفرد والجماعـــة والـــضرر يزال[1].

رابعاً: أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه من منع عقود الإذعان بالمعقول:

عقود الإذعان ممنوعة لفقدان الإرادة التعاقدية الباطنة في هذه العقــود، بحيــث ينعــدم الرضا والاختيار معاً ولهذا لم يوردوه في مؤلفاتهم[2].

المناقشة:

1- اعترض أصحاب المذهب الثاني حيث قالوا: يكره هذا العقد لأنه مبني على احتكار.

ويمكن الرد عليه بما يلي:

إن الإكراه في عقود الإذعان يختلف عن الإكراه المعروف في عيــوب الرضـــا حيــث إن الإكراه في عقود الإذعان متصل بعوامل اقتصادية لا نفسية[3].

2- إن الفرفور نسب المذهب الثالث القائل بالمنع مطلقاً إلى أمثال قدري باشا المــصري وأبـــي زهرة والزحيلي ولم يذكر قولهم الصريح بالمنع، ولم يحلنا إلى مرجع فيه هذا الرأي وإنمـــا استند إلى عدم إدراجهم لعقد الإذعان ضمن مؤلفاتهم، وهذا لا يعتبر دليلاً. وقد رجعت إلـــى ما تيسر لي من مؤلفاتهم وإلى الشبكة العالمية ولم أجد لهم رأياً.

3- يمكن الرد على استدلال المذهب الثالث (القائل بالمنع) بالمعقول: بأن القبول والإيجاب يدلان على الرضا، حيث إن الرضا أمر خفي لا يطّلع عليه أحد.

4- أما بالنسبة للزرقا والذي نسب الفرفور إليه القول بالإباحة فبالرغم أنه حنفي المذهب، وهــم يجوزون بيع المعاطاة[4] فلا ينطبق حكم المعاطاة على عقود الإذعان حيث لم يتكلم الــشيخ

---

[1] - الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14، (241/3).

[2] - انظر: المرجع السابق.

[3] - انظر: السنهوري: نظرية العقد (279).

[4] - انظر: ابن نجيم: البحر الرائق (451/5).

عن حكم عقود الإذعان مباشرة، وإنما تكلم عن عقد الإذعان كمثال على عقود التعاطي حيث قال: "ويمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة عقود الإذعان كالاشتراك في النور..."[1] حيث ذكر أمثلة على عقود الإذعان كنوع من التعاطي، والمعلوم أن عقد الإذعان يشبه عقد التعاطي بوجه ولا يماثله كلية.

5- عندما ذكر الفرفور حكم عقود الإذعان وفصل فيه ذكر العقود التي يمكن أن يستغني عنها الناس[2]، ومن المعلوم أن العقود التي يمكن أن يستغني عنها الناس ليست عقود إذعان لأن عقود الإذعان تكون في السلع والخدمات الضرورية للقابل، فمن يستغني عنها له مطلق الحرية بتركها، وإذا انضم لها فهو ليس مذعن لها.

الراجح:

تبين للباحثة ترجيح المذهب الأول القائل بالإباحة وذلك للأسباب التالية:

1- قوة الأدلة التي استندوا إليها.

2- حاجة الناس لتلك العقود، ومنعها يوقع الناس في حرج.

3- الأمور الخفية لا يمكن الاطّلاع عليها، وإنما نستدل عليها بأدلة، والإيجاب والقبول دليلان على الرضا.

---

[1]- الزرقا: المدخل الفقهي العام (330/1).

[2]- انظر الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (241/3).

المطلب الثاني

تدخل الدولة في عقود الإذعان

قد تبين أن عقود الإذعان تكون في الخدمات والسلع الضرورية التي لا غنى للناس عنها وغالباً ما تحتوي هذه العقود على إجحاف في الشروط أو المغالاة في السعر وبذلك يقع الظلم على الناس لذا كان على الدولة التدخل لرفع الظلم عن الناس بما لا يسبب خسارة للموجب ويكون رفع الظلم عن المستهلك بعدة طرق منها:

1- النهي عن الاحتكار والاستغلال: يتدخل ولي الأمر أو نائبه في منع استغلال الغير ومنع احتكار السلعة أو حصر الجلب أو الخدمات لصالح جهة أو شخص حتى لو كانت هذه السلع من المختلف في وقوع الاحتكار فيها حسب ما يراه من مصلحة عامة، كما ويمكنه سن تشريع أو نظام لكل نوع من العقود المتصلة بالمرافق العامة، لأن وظيفة الدولة حماية ورعاية المصالح العامة[1].

2- مراقبة القضاء وتفسير نصوص العقود لصالح الطرف الأضعف وتعديل الشروط التي لا يجوز أن تتضمنها العقود عامة[2].

3- منع الوكالة الحصرية في السلع الضورية[3].

4- التسعير[4].

---

[1] - انظر جعفر عبد السلام: مجلة مجمع الفقه (507/3)، الجواهري: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (450/3)، أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (286/3).

[2] - أحمد بن حميد: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (492/3)، جعفر عبد السلام: مجلة مجمع الفقه ع14 (507/3)، القري بن عيد: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه ع14 (327/3).

[3] - أحمد بن حميد: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (492/3).

[4] - تعريف التسعير في اللغة:

التسعير من سعْر يسعر تسعيرا وهو تقدير السعر، والسعر ما يقوم عليه الثمن ومنه سعرت الشيء أي جعلت له سعراً وسعروا اتفقوا على سعر (انظر: الرازي مختار الصحاح (172)، ابن منظور لسان اللسان (599/1)، الفيومي: المصباح المنير(167)

تعريف التسعير في الاصطلاح:

عُرف التسعير في الموسعة بأنه: "تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً وإجبارهم على التبايع بما قدره" الموسوعة الفقهية (301/11).

5- دور الغرف التجارية في تبصير التجار والمواطنين بعقود الإذعان وما يترتب عليها من أضرار قد تلحق بهم[1].

هذا وقد رجح الشيخ أحمد بن حميد منع الوكالة الحصرية على تعديل الشروط إذا تساوت الطريقتان في رفع الظلم وذلك لأن حصر المنتج في جهة معينة ومنع الآخرين منها خلاف الأصل والسماح للآخرين موافق للأصل أما تعديل الشروط أو الإجبار من خفض السعر فهو خلاف الأصل لأن الإنسان حر فيما يملك[2].

كما اعترض كل من الدكتور سانو والدكتور محمد عمر الزبير على أن الأصل عدم التسعير لأن ذلك الأصل في سوق المنافسة الحرة أما في سوق الاحتكار يكون الأصل التسعير لدفع الضرر، حيث كثيراً ما تتدخل الدولة في تحديد السعر كما في الكهرباء ولا يترك ذلك للموجبين وإلا حدث تغيير من السعر كرفعه قال تعالى" إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا"[3][4].

وعرفه عبد الرحمن بن القاسم بأنه: أن يأمر ولي الأمر أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمر أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة. ابن قاسم: الإحكام شرح أصول الأحكام (120/3).

حكم التسعير:

اتفق الفقهاء القدامى على عدم جواز التسعير في غير الأقوات، واختلفوا في جوازه في الأقوات على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز التسعير مطلقاً، انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (517/6)، الشربيني: مغني المحتاج (48/2)، الشيرازي: المهذب (64/2)، الماوردي: الحاوي الكبير (80/7).

المذهب الثاني: ذهب الإمام مالك إلى عدم جواز التسعير مع السعة والرخص وإلى جوازه عند الغلاء.

المذهب الراجح الراجح:

إن أدلة المذهب الأول المانع للتسعير أقوى من أدلة المذهب الثاني المجيز للتسعير إلا أن الباحثة ترى رجاحة المذهب الثاني وذلك لأن الزمن الذي نحن فيه يختلف عن الأزمنة السابقة فضعفت الذمم وقلت الأمانة وزاد التجار جشع وطمع وتوسعت دائرة العقود والمصلحة جواز التسعير، ويرجع في أدلة المذاهب المذكورة إلى مراجعها المذكورة وقد آثرنا عدم ذكرها لأن المقام لا يتسع لذلك.

[1]- انظر: جعفر عبد السلام: مجلة مجمع الفقه (507/3).

[2]- انظر: أحمد بن حميد: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (492/3).

[3]- سورة المعارج: (19).

[4]- انظر: محمد عمر الزبير: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (495/3).

الفصل الثاني

صور عقود الإذعان وعلاقتها بغيرها

توطئة:

عقود الإذعان كثيرة تتعدد مجالاتها، ويمكن لأي عقد أن يتحول إلى عقد إذعان، ولكي تتضح عقود الإذعان سنتناول في هذا الفصل بعضاً من صور العقود التي تعد ضمن عقود الإذعان، وعلاقة هذه العقود ببعض العقود الأخرى، مع العلم بأن ما يكون إذعان في بلد قد لا يكون في بلد آخر إذعاناً، وقليل من العقود يتفق معظم البلاد على أنها من عقود الإذعان، وسنتناول ذلك في مبحثين:

المبحث الأول:

صور عقود الإذعان

المبحث الثاني:

العلاقة بين عقد الإذعان والعقود المشتبهة به

المبحث الأول

صور عقود الإذعان[1]

يتناول هذا المبحث بعضاً من صور عقود الإذعان في خمسة مطالب:

المطلب الأول:

عقود الاشتراك في الخدمات العامة

المطلب الثاني:

عقود النقل بوسائله المختلفة

المطلب الثالث:

عقود المصارف وشركات التأمين

المطلب الرابع:

العقود الحصرية

المطلب الخامس:

عقود العمل

---

[1] - عند البحث في هذا الموضوع وجدت عقداً يشبه عقود الإذعان وهو ما إذا تواطأ أهل حرفة أو أهل السوق على البيع بسعر محدد لا يتغير بتغير الظروف، أو بتحديد طريقة للبيع أو الشراء أو العرض والطلب، وحدث استغلال لحاجة الناس وإخضاعهم للعقد كما هو، يمكن أن يكون التواطؤ بين مجموعة داخل البلد، كتواطؤ الصيادين لبيع كل نوع من السمك بسعر معين، ويمكن أن يكون التواطؤ بين أكثر من بلد، كتواطؤ الدول على أسعار البترول والذهب والفضة، فهل هذا التواطؤ يجعل هذه العقود من عقود الإذعان.

يرى فريق من الفقهاء منهم الجوهري وسانو والفرفور والندوي: أنه في هذه الحالة يكون العقد شبيهاً بالإذعان؛ لخلو العقد من المساومة، فالناس ينضمون للعقد كما حدده البائع، ولا يسمح لهم بالتعديل على العقد، حتى لو انطوى على ظلم لهم، وعرض السلع يعتبر إيجاباً عاماً. انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (451/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة محمع الفقه الإسلامي ع14 (251/3)، الفرفور: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (251/3)، الندوي:عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (210/3).

المطلب الأول

عقود الاشتراك في الخدمات العامة

وذلك كالاشتراك في شركات المياه والكهرباء والهاتف والشبكة العالمية (الإنترنت)

كيفية العقد:

تعرض الشركة مقدمة الخدمة سواء كانت عامة أو خاصة الخدمة (الإيجاب) للجمهور بشروط تخفف مسؤوليتها -للشركة- وتشدد المسؤولية على القابل؛ بحيث لا تقبل مساومة في السعر أو مناقشة في الشروط، ولا يكون من القابل إلا أن يوقع دون أدنى مناقشة[1].

هذا وقد اعترض بعض العلماء على إدراج عقود الهاتف من عقود الإذعان مطلقاً، حيث يوجد في بعض البلاد عدة شركات للهاتف؛ مما يجعل المنافسة فيها كبيرة، ويبعدها عن عقود الإذعان، وذلك كالولايات المتحدة الأمريكية، إذ يوجد بها عدة شركات للهاتف[2].

ويمكن أن نرد عليه: بأنه ليس من الضروري أن ما يعد عقد إذعان في بلد، أن يكون إذعاناً في بلد آخر، فالضروري في بلد قد يكون حاجياً في آخر، والمسألة نسبية، والبلاد تختلف في خصائصها وقوانينها ومعاملاتها[3].

والمتأمل في هذه الصور يجد أن بعض الشروط فيها تعسفية واضرب لذلك بعض الأمثلة:

1- لا يجوز للمشترك طلب نقل خدمة ADCL (الإنترنت) إلى خط هاتف آخر[4].

2- رسوم الاشتراك شهرية، وتدفع سواء استعملت الخدمة أم لم تستعمل؛ لأي سبب كان، ويلتزم المشترك بالاستمرار في استعمال خدمة ADCL لمدة ستة أشهر على الأقل، وفي خلاف ذلك يترتب عليه دفع المبالغ المتبقية على تلك الفترة[5].

3- يحق لشركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها[6].

---

[1] - انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (438/3)، القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (313/3).

[2] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (363/3).

[3] - انظر أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3).

[4] - انظر: نموذج شروط تقديم الخدمة ADCL الاتصالات الفلسطينية نموذج 2، الملحق بهذا البحث.

[5] - انظر: النموذج السابق.

[6] - انظر: حداد: الإذعان وعقد التأمين http:www.lac.com.joresear26.htm

4- يحق لشركة الكهرباء قطع التيار نهائياً، دون إبداء أسباب لذلك حتى ولو كان المستهلك يـــدفع الفاتورة دورياً[1].

و هذه الشروط ليست للحصر، وإنما هي لمجرد التمثيل، وقد استقرأت العديد من الشروط التعسفية من خلال بعض العقود المطروحة في فلسطين وغيرها، مع وجــود مـــا يـــشابهها مـــن الشروط في البلاد الأخرى.

[1] - انظر: حداد: الإذعان وعقد التأمين http:www.lac.com.joresear26.htm

المطلب الثاني

عقود النقل بوسائله المختلفة

تعتبر عقود النقل من عقود الإذعان، ومنها على سبيل المثال لا الحصر عقد النقل البحري للبضائع[1]، وعقد النقل الجوي[2].

كيفية العقد:

ويعتبر عقد النقل البحري من عقود الإذعان؛ لأن الناقل البحري (الموجب) يهيمن على مضمون الاتفاق، وعلى الطرف الآخر (القابل) أن يقبل ويذعن لما يتضمنه العقد من شروط وبنود، ويبرز عقد الإذعان في تحكم صاحب المركز الاقتصادي القوي الذي يملي شروطه على الطرف الآخر[3].

كما يبرز الإذعان في عقود النقل البحري لوضوح الاستغلال التجاري فيها حيث إن من الضروري نقل الأشياء من مكان لآخر، ليتم التنقل بين بلاد العالم القريبة والبعيدة، والطرق الرئيسة في نقل الأشياء هو البحر ليُسره أكثر من غيره من الوسائل[4].

ويعتبر النقل الجوي من عقود الإذعان؛ لأن القبول فيها إذعان لما يملي عليه الطرف القوي، وهي شركات النقل الجوي من عقد مطبوع، يُعرَض على الناس كافة، بشروطه التي لا تقبل مناقشة، وإلا حَرِم نفسه من التنقل أو الشحن في الطائرات مع احتياجه للسفر والشحن[5].

---

[1] - يُعرف عقد النقل البحري للبضائع بأنه: عقد رضائي يلتزم الناقل بمقتضاه بأن ينقل عن طريق البحر بضائع لحساب الشاحن في لقاء الحصول على أجر محدد. محمد عبد الفتاح ترك: التحكم البحري (115).

[2] - عقد النقل الجوي هو: الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمى الناقل في مواجهة شخص آخر يسمى المسافر أو الشاحن بنقله مع أمتعته أو بنقل بضاعته من مكان إلى آخر خلال مدة معينة بواسطة الطائرة مقابل أجر محدد". محمد العريني: القانون الجوي (121).

[3] - انظر: ترك: التحكيم البحري (116).

[4] - انظر: المرجع السابق (115).

[5] - انظر: العريني: القانون الجوي (125).

المطلب الثالث

عقود المصارف[1] وشركات التأمين[2]

أولاً: عقود المصارف:

عقود المصارف تتمثل في فتح الحسابات بأنواعها المختلفة، وإصدار بطاقات الائتمان، وخدمات تحويل الأموال من بلد إلى آخر، وتأجير الخزائن الحديدية، وبيع أسهم الشركات، ووديعة النقود وغيرها من المعاملات.

وتعتبر عقود المصارف في غالبيتها من عقود الإذعان بالرغم من وجود عدد من المصارف في كل بلد، إلا أن المنافسة محدودة، لأنها تكمن في اختيار المصرف الذي يريد أن يتعامل معه، و تعتبر العقود إذعاناً؛ لأن كل مصرف يقدم الإيجاب لجميع المتعاملين معه بالشروط والأسعار التي يحددها المصرف، وما يكون من القابل إلا أن ينضم للعقد دون أي مناقشة أو تغيير في الأسعار، وإذا لم يوافق عليها امتنع المصرف من تقديم الخدمة له[3].

أمثلة على بعض الشروط التي تجعل عقد المصرف إذعاناً[4].

1- يشترط المصرف إعلامه بكتاب خطي موقع حسب التوقيع المعتمد عنده عن التغيير في محل سكن القابل، ولا يتحمل مسؤولية عند عدم وصول المكاتبات على آخر عنوان لديه[5].

---

[1] - تعرف المصارف بأنها: "**المؤسسات التي تتعامل أو تتاجر بالائتمان أو الديون**".
الائتمان هو: "**علاقة مديونية تقوم على أساس الثقة التي تنشأ عن مبادلة سلع أو خدمات أو نقود لقاء تعهد بدفع بدل مستقبلاً، وفي أجل معين، بشكل سلع أو خدمات أو نقود، وفي الغالب يتم التعهد بالدفع نقداً**". فليح خلف: البنوك الإسلامية (54).

[2] - عقد التأمين هو: "**عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أي ذمة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن**". القانون الجنائي المصري مادة رقم 747. معوض عبد التواب مدونة القانون المدني (263).

[3] - انظر: أحمد مصطفى: العقود التجارية وعمليات البنوك (183)، عباس مصطفى المصري: عقد الحساب الجاري (17)، القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (313/3)، الناصر: مقال في جريدة الشرق الأوسط نقله موقع الأسواق العربي http://www.aawsat.com/details.asp? section، نور الدين عتر: المعاملات المصرفية والربوية (38).

[4] - انظر الشروط الواردة في نموذج عقدي فتح الحساب والكفالة لدى البنك الإسلامي الفلسطيني، الملحق للبحث.

[5] - انظر: المصري: عقد الحساب الجاري (18).

2- يشترط المصرف أحقيته في الخصم التلقائي لأي مبالغ أضيفت على الحساب كمصاريف البريد، والدفع المستحقة على الحساب، أو أي مصاريف تتعلق بإمساك الحساب، دون الرجوع للطرف الآخر[1].

3- للمصرف الحق في الخصم على حساب الطرف الآخر بمقابل وفاء الشيكات[2] التي يطلب إيقاف صرفها، أو يخطر المصرف بفقدها وتجميد حسابها، لحين التوصل إلى تسوية قضائية أو رضائية يقبلها المصرف، كما يحق للمصرف تجميد مقابل وفاء الشيك الذي مضى على تحريره أكثر من عام؛ وذلك حتى يتجدد تاريخه، أو يحكم لحامله بقيمته، أو يلغى ويسلم[3].

4- اشتراط المصرف اعتبار جميع حسابات الطرف الآخر لديه وحدة لا تتجزأ؛ ضماناً وتأميناً لسداد مطلوباته[4].

5- يحق للمصرف إغلاق حساب الطرف الآخر دون إبداء الأسباب، وعلى الطرف الآخر سحب ما لدى المصرف من أموال وإرجاع الشيكات التي لم يستعملها، وإلا وضع مستحقاته في خزينة المحكمة، أو بعث له شيكاً بحسابه على آخر عنوان لدى المصرف، وإذا كان رصيده مديناً يحق للمصرف أن يطالب بسداده مع وجود الضمانات لديه[5].

6- تسقط دعوى تصحيح الحساب بعد مرور خمس سنوات من اليوم الذي ينشأ فيه الحق في تصحيح الحساب[6].

7- تعتبر سجلات المصرف المرجع الأساسي والبيئة المعتمدة للحساب، ولا يجوز للعميل الطعن في صحتها أو الاعتراض عليها أو طلب إجراء الخبرة المحاسبية أمام القضاء[7].

8- يجوز للمصرف أن يقيد الحوالات الواردة لصالح العميل في أي من حسابات العميل حسب ما يراه المصرف مناسباً[8].

---

[1] - انظر: المصري: عقد الحساب الجاري (19).

[2] - الشيك هو: "**محرر مكتوب يتضمن أمراً صادراً عن شخص هو الساحب إلى شخص آخر و المسحوب بأن يدفع لشخص ثالث لأمره أو لحامل الشيك مبلغاً معيناً من النقد**". عليان الشريف وآخرون: القانون التجاري(185).

[3] - انظر: المصري: عقد الحساب الجاري (19).

[4] - انظر: المرجع السابق.

[5] - انظر: المصري: عقد الحساب الجاري (20)، نموذج عقد فتح حساب لدى البنك الإسلامي الفلسطيني(3/3).

[6] - انظر: المرجعين السابقين.

[7] - نموذج عقد فتح حساب لدى البنك الإسلامي الفلسطيني (3/3).

[8] - انظر: المرجع السابق.

ثانياً: عقود شركات التأمين:

عقد التأمين من عقود الإذعان، حيث يكون فيه الموجب[1] طرفاً قوياً، يفرض الشروط بإرادته المنفردة، وتكون لصالحه، وتكون مطبوعة ومعروضة على الناس جميعاً، وليس أمام القابل إلا الموافقة على العقد بشروطه دون مفاوضة أو مساومة أو تعديل، حتى لو كانت تعسفية تضر بمصالحه[2]، والمنافسة فيها محدودة، حيث المساومة على الرسوم ونوعية الخدمة إن وجدت تكون مرتبطة بقوة العميل التفاوضية[3].

كما أن الصفة المميزة لعقود التأمين هي الاحتكار، فلو سلمت من الشروط التعسفية ووقعت تحت المساومة لا تخلو من الاحتكار، لذا فهي من عقود الإذعان[4].

اعتراض على إدراج عقود التأمين ضمن عقود الإذعان:

ذهب فريق من علماء الفقه والقانون إلى أن عقد التأمين ليس من عقود الإذعان، حتى لو تضمنت شروطاً وكانت مصاغة على نمط واحد ومطبوعة، لوجود أكثر من شركة للتأمين؛ مما يجعل المنافسة كبيرة، يختار الإنسان الشركة التي يريد[5].

كما أن المشرع تدخل في عقود التأمين لمنع تعسف شركات التأمين، فيبطل كل شرط تعسفي يكون في العقد، ويفسر العبارات الغامضة لصالح القابل[6].

ونرد عليه: أنه ليس من الضروري أن يوصف عقد الإذعان في بلد، كذلك في بلد آخر؛ لأن البلاد تختلف في خصائصها وقوانينها ومعاملاتها، وليست كل الدول بها عدة شركات للتأمين بحيث تنفي الاحتكار عنها[7].

---

[1] - الموجب يكون صاحب المركز الاقتصادي القوي، فقد يكون شركة التأمين وقد يكون الطرف الآخر كشركات الطيران أو البنك المركزي. حداد: الإذعان والتأمين، http:www.lac.com.joresear26.htm

[2] - انظر: أحمد شويدح: المعاملات المالية المعاصرة (54)، شبير: المعاملات الماليه المعاصرة. ط. الرابعة دار النفائس (93)، عبد اللطيف محمود آل محمود: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية (52)، غريب جمال: التأمين التجاري والبديل الإسلامي (43)، محمد حسين: العقود المسماة (60)، محمد زكي: نظرية التأمين في الفقه الإسلامي(24).

[3] - انظر: القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (313/3).

[4] - انظر: محمد حسين: العقود المسماة (60).

[5] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (363/3)، محمد حسين: العقود المسماة(60).

[6] - محمد حسين: العقود المسماة (60).

[7] - انظر أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع 14 (277/3).

أمثلة على بعض الشروط التعسفية التي تكون في عقد التأمين:

1- اشتراط سقوط الحق في التأمين إذا تأخر في الإبلاغ عن الحادث للسلطات، أو تقديم المستندات التي تبين أن التأخير كان لعذر[1].

2- اشتراط سقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح[2].

[1] - انظر: الجمال: التأمين التجاري والبديل الإسلامي (43)، شبير: المعاملات المالية المعاصرة (93).

[2] - انظر: الجمال: التأمين التجاري والبديل الإسلامي (43).

المطلب الرابع

العقود الحصرية[1]

إن العقود الحصرية أو الوكالة الحصرية لا تكون غالباً في نفسها من عقود الإذعان، ولكنها السبب في كون العقد بعد ذلك من عقود الإذعان؛ حيث يكون عقد الإذعان بعد ذلك بين صاحب امتياز العقد الحصري والمتعاقدين معه، ومن أمثلتها: العقود مع المستشفيات التي تحتكر أجهزة خاصة، وعقود السلع التي تستوردها الدولة أو تصنعها وتمنع غيرها من استيرادها أو تصنيعها، أو أعطت الدولة وكالة لجهة معينة لاستيراد سلعة تمنع غير الوكيل من استيرادها، أو الوكالة التي تعطيها شركة كبيرة لوكيل لها في بلد، تعطيه امتيازاً لا يستورد إنتاجها ويسوقه في بلده غيره، فيكون احتكاراً للسلعة[2].

ضوابط كون العقود مع مَن مُنح العقود الحصرية من عقود الإذعان:

1- **السعر**: حيث يفرض صاحب الوكالة الحصرية على الناس سعراً يتحكم به ولا يقبل المساومة فيه وهذا من خصائص عقد الإذعان[3].

2- **عدم وجود بديل**: الوكالة الحصرية عقد إذعان من حيث عدم وجود بديل للسلعة، إذ لا وجود للمنافسة، أو تكون المنافسة محدودة؛ لأن القابل ينضم للعقد دون أن يكون له الخيار في اختيار السلع أو الخدمة التي يحب، فهو مذعن للعقد[4].

3- أن يكون محل العقد ضرورة أو حاجة عامة أو مما يحتاج إليه طائفة من الناس، كالمرضى بأمراض معينة، أو النجارين أو المزارعين ... [5].

---

[1] - لم أجد تعريفاً للعقود الحصرية بشكل مباشر، ولكن من الملاحظ أن أحكام عقود الامتياز تنطبق على العقود الحصرية، من حيث إنها حق امتياز يمنح؛ لذا سأعرف عقد الامتياز.

تعريف عقد الامتياز " هو منح أحد المتعاقدين صلاحية أو صفة أو مُكنة تثبت له على وجه الخصوص لصالح متعاقد آخر مقابل أجرة أو بدل" مصطفى كمال طه: الوجيز في شرح القانون التجاري (97)

[2] - انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (438/3)، حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (376/3)، الفرفور: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (253/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14(412/3).

[3] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (376/3)، الفرفور: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (253/3).

[4] - انظر: المراجع السابقة.

[5] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (376/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (414/3).

المطلب الخامس

عقود العمل[1]

تعد عقود العمل من عقود الإذعان وذلك للأسباب الآتية:

1- يكون عقد العمل على نمط واحد لجميع العاملين بمثابة إيجاب ينقاد إليه الطرف الآخر.

2- كما أن الوظيفة في الحكومة أو المؤسسات العامة تحكمها لوائح عامة، تسري على جميع العاملين دون أي اعتراض من أحدهم[2].

3- عدم التكافؤ بين الطرفين من الناحية المالية والاقتصادية عند التعاقد، بحيث ينقاد العامل طالب العمل في الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات إلى العقد وقبول جميع شروط صاحب العمل دون اعتراض، وإلا تعرض للبطالة[3].

أمثلة لبعض الشروط التعسفية في عقود العمل:

1- حسب قانون العمل في محكمة النقض المصرية، يجوز لصاحب العمل فسخ العقد وحرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة إذا أخل العامل بالالتزامات التي عليه حسب عقد العمل، أو إذا أخطأ خطأً تعسفياً بغض النظر عن حجم الضرر الناتج عن الخطأ؛ بل وحتى لو لم ينتج عن الخطأ أي ضرر[4].

2- لا عبرة في كون العامل أمياً أو لا يعرف لغة العقد، في عدم قراءته للشروط والبنود الملحقة في العقد، فمجرد إعلان البنود في مكان الإعلان يلتزم بها العامل، ويعتبر استمراره في العمل بعد إعلانها قبولاً ضمناً[5].

3- يجوز لرئيس ديوان الموظفين أن يقرر خصم أي مبلغ من حقوق الموظف، ويعتبر توقيع الموظف على العقد موافقة منه على تنفيذ الخصم[6].

---

[1] - يعرف عقد العمل بأنه: **العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إرادته وإشرافه، مقابل أجر يتعهد فيه المتعاقد الآخر.** المادة (674) من القانون المدني المصري، عبد التواب: مدونة القانون المدني (239).

[2] - انظر: القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (314/3).

[3] - انظر غالب الداوودي: شرح قانون العمل وتعديلاته (60).

[4] - انظر: أحمد عبد الرحمن: الخطأ الجسيم للعامل (10).

[5] - انظر الداوودي: شرح قانون العمل وتعديلاته (10).

[6] - انظر: عقد تشغيل موظف لدى دولة فلسطين، الملحق بهذا البحث.

4- يجوز لرئيس ديوان الموظفين أن ينه العقد أو أن يقصر مدته، بعد أسبوعين من إخطار الموظف بذلك، دون أن يبدي أسباب[1].

اعتراض على إدراج عقود العمل ضمن عقود الإذعان:

لقد اعترض نزيه حماد على إدراج عقود العمل ضمن عقود الإذعان بحجة أن المعقود عليه ليس من السلع أو الخدمات الضرورية التي لا غنى للقابل عنها، وأن إنفراد الموجب في وضع الشروط والتفاصيل في العقد، والتي يوقع عليه القابل دون مناقشة لا يسوغها عقد إذعان، إذ ليس من شروط صحة الاتفاق أن يسبق العقد مفاوضة ومساومة، وجعل العقود على نمط واحد تسهيلاً وتيسيراً على الطرفين[2].

الرد على الاعتراض:

يمكن الرد عليه بما يلي:

1- لا نسلم له أن عقود العمل ليست ضرورية، إذ لا غنى للفرد عنها، وانتشار البطالة في العالم جعلها أكثر ضرورة، ولو أراد أن يبحث عن عمل آخر ووجده فلا بد له من عقد يعمل بمقتضاه[3].

2- لو سلمنا له أن عقود العمل ليست من الضروريات لا نسلم له أن الشروط بها لا تسوغها عقد إذعان؛ إذ لا تخلو تلك الشروط من أن تكون لصالح الموجب، وتعطي الحقوق القليلة للقابل، الذي لا مفر له من أن ينضم إليها.

[1] - انظر: عقد تشغيل موظف لدى دولة فلسطين، الملحق بهذا البحث.

[2] - انظر: حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع14 (364/3).

[3] - انظر الداوودي: شرح قانون العمل وتعديلاته (60).

المبحث الثاني

العلاقة بين عقد الإذعان والعقود المشتبهة به

توطئة:

عرفت الشريعة الإسلامية الكثير من العقود، التي قد تتفق في بعض تفاصيلها وتختلف في البعض الآخر.

وحتى يتضح لنا عقد الإذعان ويزول عنه الغموض سأبين في هذا المبحث علاقـــة عقـــود الإذعان ببعض العقود التي قد يُتوهم أنه منها في أربعة مطالب.

المطلب الأول:

عقود الإذعان وبيع المكره

المطلب الثاني:

عقود الإذعان وبيع المعاطاة

المطلب الثالث:

عقود الإذعان والاحتكار

المطلب الرابع:

عقود الإذعان وبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان

المطلب الأول

عقود الإذعان وبيع المكره

توطئة:

بيع المكره يختل فيه عنصر الرضا، وعقد الإذعان فيه نوع من الاضطرار، فهل يختل عنصر الرضا في عقد الإذعان، فيكون نوعاً من أنواع الإكراه؟ هذا ما أبينه في هذا المطلب.

وأبدأ الحديث عن بيع المكره وبيان أقسام الإكراه.

تعريف بيع المكره:

بيع المكره مصطلح يتكون من شقين: الأول لفظ البيع، والثاني لفظ المكره، وسأقوم بتعريف كل لفظ على حدة، فأعرف البيع ثم أعرف الإكراه.

أولاً: تعريف البيع:

تعريف البيع في اللغة:

من باع يبيع بيعاً، وأصل البيع مبادلة مال بمال، وأطلق البيع على عقد البيع مجازاً، والبيع من الأضداد، فيأتي بمعنى الشراء ويأتي بمعنى البيع، ولكن إذا أطلق لفظ البيع يكون المقصود بذل السلعة ممن يملكها[1].

تعريف البيع في الاصطلاح:

عرف الشربيني –الشافعي- البيع بأنه: "**مقابلة مال بمال على وجه مخصوص**"[2]، ثم عرفه "**عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد**"[3].

محترزات التعريف الأول:

قوله: (**مقابلة**) قيد أول خرج به القرض حيث المقابلة صيغة مفاعلة، لا بد أن تقع من الجانبين، فأما القرض فيقع من جانب واحد، ولا يشترط أن يقع من الجانب الآخر، فإذا قال: أقرضتك ألف دينار، صح القرض، ولا يشترط أن يقول على أن ترد بدله، أما البيع فيشترط تسمية البدلين.

---

[1]- انظر: الرازي: مختار الصحاح (50)، الفيومي: المصباح المنير (46)، ابن منظور: لسان اللسان (120/1).

[2]- الشربيني: مغني المحتاج (3/2).

[3]- المرجع السابق (4/2).

قوله: **(مال)** قيد ثان خرجت به المنفعة؛ حيث المنفعة إجارة وليست مالاً، ولا يطلق المال على المنفعة إلا على سبيل المجاز[1].

محترزات التعريف الثاني:

قوله: **(معاوضة)**: قيد خرج به القرض والنكاح حيث إنهما ليسا معاوضة.

قوله: **(ملك)**: خرج به النكاح فالزوج لا يملك منفعة البضع، وإنما يملك أن ينتفع به، وخرج الخلع إذ المرأة المخالعة لا تملك شيئاً، وخرج الصلح على دم إذ الجاني لا يملك شيئاً.

قوله: **(على التأبيد)**: دخل فيه بيع حق الممر ونحوه، وخرجت به الإجارة حيث هي على التأقيت[2].

العلاقة بين تعريف البيع في اللغة وتعريفه في الاصطلاح:

تعريف البيع في الاصطلاح متحد مع تعريفه في اللغة، فعُرف البيع اصطلاحاً بتعريفه في اللغة.

ثانياً: تعريف الإكراه:

تعريف الإكراه في اللغة:

الإكراه من كُره وكَره وهما بمعنى واحد على قول الكثير من أهل اللغة، وهما ضد الحب، ومنهم من فرق بين الكَره والكُره بالفتح والضم فقالوا: الكُره ما أكرهك عليه الغير والكَره ما أكرهت نفسك عليه.

والبعض قال: أن الكَره المشقة والكُره القهر، وقيل الكُره المشقة والكَره الحمل على عمل شيء قهراً[3].

فالإكراه حمل شخص على القيام بعمل لا يحبه قهراً وبمشقة.

تعريف الإكراه في الاصطلاح:

عرف المرغيناني –الحنفي- الإكراه بأنه: "**اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته**"[4].

شرح التعريف

---

[1]- انظر: الشربيني: مغني المحتاج (3/2).

[2]- انظر المرجع السابق (4/2)، هذا وقد رجح الشربيني التعريف الثاني على التعريف الأول.

[3]- انظر: الرازي: مختار الصحاح (308)، الفيومي: المصباح المنير (316)، ابن منظور: لسان اللسان(456/2).

[4]- الميرغيناني: الهداية (272/3).

قوله: (**اسم لفعل يفعله المرء**): يدخل فيه كل فعل يقوم به المرء، سواء قام به بنفسه أم بغيره.

قوله: (**بغيره**): قيد خرج به ما يفعله المرء بنفسه، ودخل به ما يفعله المرء بغيره بواسطة وكيل أو ولي أو غيرهما.

قوله: (**فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره**) خرج به فعل الوكيل حيث يتم برضاه.

قوله (**مع بقاء أهليته**): قيد خرج به الولي، إذ الصبي أو المحجور عليه لا أهليه لهم.

تعريف بيع المكره:

عرفت الموسوعة بيع المكره بأنه:"**حمل البائع على البيع بغير رضاه**"[(1)].

أقسام بيع المكره:

ينقسم الإكراه إلى قسمين: إكراه بغير حق، وإكراه بحق.

أولاً: الإكراه بغير حق:

تعريف الإكراه بغير حق:

عرف الزحيلي الإكراه بغير حق بأنه:"**ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع**"[(2)].

شروط تحقق الإكراه بغير حق:

يتحقق الإكراه بغير حق بشروط منها:

1- إذا خاف المكرَه تحقق ما توعد به المكرِه ممن له القدرة على تحقيق ما أكره عليه[(3)].
2- أن يكون الإكراه مفوتاً للرضا؛ ويتحقق بالتوعد بالقتل أو إتلاف عضو من أعضائه أو الضرب الشديد أو الحبس المزمن، ولا يفوت الرضا بالتوعد بما يحتمل ولا يضر به[(4)] كحبس يوم أو ضرب سوط أو قيد يوم[(5)].
3- أن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما توعد به، فإن لم يكن متمكناً من تنفيذ تهديده فإكراهه عبث[(1)].

---

[1]- وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية (63/9).

[2] - الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (215/4).

[3]- انظر: الميرغيناني: الهداية (272/3)، البزدوي: كشف الأسرار (538/4).

[4]- من أمثلة وقوع الإضرار بالأشياء الخفيفة؛ أن يكون المكرَه صاحب منصب رفيع، أو مريضاً مرضاً جلدياً لا يطيق ضرب سوط أو غير ذلك.

[5]- انظر: الميرغيناني: الهداية (272/3)، البزدوي: كشف الأسرار (538/4).

4- أن يكون المكرَه ممتنعاً من الفعل قبل الإكراه[2].

5- وزاد المالكية شرطاً وهو أن يكون الإكراه حراماً، أما إذا كان حلالاً كجبره لبيع سلعة للإنفاق على زوجته أو ولده أو والديه أو بيع بيته لتوسعة المسجد فالبيع لازم لأنه إكراه بحق[3].

ثانياً: الإكراه بحق:

تعريف الإكراه بحق:

عرف الزحيلي الإكراه بغير حق بأنه:"**الذي يقصد منه تحقيق غرض مشروع**"[4].

من صور الإكراه بحق إكراه شخص على بيع سلعة لوفاء دينه، أو لوفاء نفقة زوجة أو ولد أو والدين، أو وفاء ما عليه من خراج، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق أو مقبرة ونحوه[5].

شروط الإكراه بحق:

1- خوف المكرَه تحقيق ما توعد به المكرِه ممن له القدرة، ويستوي السلطان وغيره في الإكراه إلا أن أبا حنيفة اشترط أن يقع الإكراه من السلطان فقط، لأنه صاحب القدرة والمنعة. [6]

2- أن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما توعد به، فإن لم يكن متمكناً من تنفيذ تهديده فإكراهه عبث[7].

3- أن يكون المكرَه ممتنعاً من الفعل قبل الإكراه[8].

حكم الإكراه بحق:

1- انظر: البزدوي: كشف الأسرار (538/4).

2- انظر: المرجع السابق.

3- الدسوقي: حاشية الدسوقي (9/4).

4- الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (215/4).

5- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي (9/4)، انظر الشربيني: مغني المحتاج (10/2)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (215/4).

6- انظر: الميرغيناني: الهداية (272/3).

7- انظر: البزدوي: كشف الأسرار (538/4).

8- انظر: المرجع السابق.

اتفق الفقهاء على أنه[1] إذا وقع البيع من مكره إكراهاً بحق وقع البيع صحيحاً وكان نافذاً، ويكون رضا الشرع في مقام رضاه[2].

الأدلة على صحة بيع المكره بحق:

1- القياس على كلمة الإسلام إن قالها حربي مكرهاً وقعت، لآن الحربي على باطل وكلمة الإسلام حق فتقع منه ويدخل الإسلام ولا يحتاج إلى إعادتها، وكذلك بيع المكره بحق إنه يكون على باطل وإكراهه حق فينفذ البيع[3].

2- القياس على إسلام المرتد إذا حمل السلطان أو وليه المرتد على الإسلام صح؛ لأنه حمله على حق، ولا يقتل ردة، وكذلك إذا حمل السلطان شخصاً على البيع بحق، كالبيع لوفاء دينه مثلاً فالبيع واقع صحيح[4].

علاقة عقود الإذعان مع بيع المكره.

الذي تبين لي من دراسة بيع المكره بقسميه أن الإكراه يتم من مكرِه، له سلطة وقدره على إيقاع ضرر بالمكرَه إذا لم ينفذ ما طلبه منه.

وهذا لا يتحقق في عقود الإذعان؛ فلا يوجد من يهدد المذعن للانضمام للعقد ولا يكره عليه، بل ينضم إليه مضطراً لحاجته إليه، والضرر الواقع في عدم الانضمام إلى عقود الإذعان يكون في عدم الاستفادة من العقد عند عدم إبرامه، ليس كالضرر الموجود عند عدم إتمام بيع المكره، ولا يوجد دليل على أن إذعان المذعن لشروط العقد من الإكراه ويفقد الرضا.

كما اتفق العلماء على أن بيع المكره موقوف على إجازة المكرَه إذ له الخيار في إتمام العقد أو فسخه، أما عقود الإذعان فهي ليست موقوفة على ذلك.

كما اتفق العلماء على أن من تصرف بما يدل على الرضا لم يكن مكرهاً، والانضمام إلى عقود الإذعان يكون بما يدل على الرضا، ولو كان مكرهاً على الرضا لحاجته الماسة للمعقود عليه.

1- لم أر مخالفاً فيما أعلم في جواز بيع الإكراه بحق، لذا قلت بالاتفاق.

2- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي (9/4)، الشيرازي: المهذب (3/2)، الشربيني: مغني المحتاج (10/2)، الحصيني: كفاية الأخيار (363)، ابن قدامة: الشرح الكبير (222/5)، ابن مفلح: المبدع (7/4).

3- انظر: الشيرازي: المهذب (3/2).

4- انظر: ابن قدامة: الشرح الكبير (222/5)، ابن مفلح: البدع (7/4).

هذا ولم يذكر العلماء أن من الإكراه أن يكون الشخص في حاجة ماسة للعقد كما في عقود الإذعان.

كما أن الإكراه بغير حق لا يثبت به الملك على مذهب الجمهور من الحنفية إلا زفر والمالكية والشافعية والحنابلة[1]، ويثبت الملك في عقود الإذعان.

وبذلك تكون عقود الإذعان -والتي لها شروطٌ قد لا يرضى بها القابل لو كان له مطلق الحرية في الاختيار -

لا تصل إلى بيع المكره بحق أو بغير حق، ولا علاقة بينهما، وليست صورة من صوره[2].

---

[1] - راجع ثبوت الملك في بيع المكره بغير حق في كتب المذاهب إذ لا مقام لذكرها هنا.

[2]- انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (443/3)، الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (218/3). القري بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (324/3).

المطلب الثاني

عقود الإذعان وبيع المعاطاة

تعريف بيع المعاطاة:

بيع المعاطاة مركب إضافي يتكون من كلمتين بيع ومعاطاة وقد سبق تعريف البيع وسأعرف المعاطاة في اللغة ثم أعرفها في الاصطلاح.

أولا: تعريف المعاطاة في اللغة:

المعاطاة من **عطا عطواً**، ويضاف إلى الفعل همزة فيتعدى للمفعولين، وهي المناولة، يقال أعطيته الشيء أي **ناولته إياه**، وتعاطى الشيء أي **تناوله**.

وتأتي بمعنى **الانقياد**: ومنه أعطى البعيرُ إذا انقاد ولم يستصعب.

وتأتي بمعنى **اللين**: ومنه قوس معطية؛ أي لينة ليست بكزَّةٍ ولا ممتنعة على من يمد وترها[1].

والمراد هنا المعنى الأول " المناولة".

ثانياً: تعريف بيع المعاطاة في الاصطلاح:

ذكر العلماء عدة تعريفات للمعاطاة أقتصر على تعريف واحد:

عرف ابن نجيم –الحنفي- المعاطاة بأنها: "**وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراضٍ منهما من غير لفظ**"[2].

شرح التعريف:

من الملاحظ أن التعريف واضح، حيث يدور على مبادلة، وهو معنى البيع، وثمن من طرف ومثمن من طرف آخر، وهما من عناصر عقد البيع، والرضا وهي الإرادة والقصد للعقد.

ومن الملاحظ أن هذا العقد هو عقد بيع لكن من نوع آخر؛ حيث يفتقر إلى صيغة؛ مما حدا بالفقهاء أن يختلفوا في حكمه.

العلاقة التعريف اللغوي والاصطلاحي لبيع المعاطاة:

نلاحظ أن تعريف بيع المعاطاة في الاصطلاح لا يخرج عن معناه في اللغة، إذ لا يخرج كل منهما عن معنى المناولة، كما نجد أن بيع المعاطاة فيه لين، فيتفق مع المعنى اللغوي في هذا

---

[1] - انظر: الرازي: مختار الصحاح(243)، الفيومي: المصباح المنير(248)، ابن منظور: لسان اللسان(192/2).

[2] - ابن نجيم: البحر الرائق (451/5).

المعنى أيضاً، كما أن بيع المعاطاة فيه سهولة وانقيادٌ لخلوه من المساومة، إذ ينقاد القابل للعقد، أو يتركه.

العلاقة بين عقد الإذعان والمعاطاة:

اختلف العلماء في علاقة عقود الإذعان ببيع المعاطاة على مذهبين:

المذهب الأول: **إن عقود الإذعان ليست نوعاً من بيع المعاطاة وإنما تلتقي مع عقد المعاطاة بوجوه وتخالفه بأخرى**؛ ذهب إلى ذلك جمهور من العلماء منهم الجواهري وسانو والفرفور وأبو ليل والندوي[1].

فيلتقي عقد الإذعان بالمعاطاة بوجوه منها.

1- العقدان يلتقيان في ثبوت الثمن، حيث الطرف الأول من طرفي العقد يحدد الثمن ولا يقبل غيره أن يضعه أو يقرره، والطرف الثاني ينضم مذعناً لهذا العقد دون مفاوضة[2].

2- كما يلتقيان في مجال العقد وموضوعه، فغالباً ما يكونا في عقود المعاوضات[3].

ويختلف عقد الإذعان عن عقد المعاطاة في وجوه منها:

1- إن عقد الإذعان يجري بعدة صيغ، منها الكتابة والمعاطاة والتلفظ وغيره، والطرف القوي في العقد هو من يحددها، أما المعاطاة: فلا تجري بغير المعاطاة فإن التلفظ بها يخرجها عن المعاطاة[4].

2- كما أن للطرف القوي في عقود الإذعان أن يضع الشروط والقيود التي يراها دون تدخل الطرف الآخر بها، إذ لا يسبقها مفاوضات ولا مساومات، ولا يكون ذلك في المعاطاة حيث تقبل المساومة وغالباً لا تحتوي على شروط[5].

---

[1] - انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجاة مجمع الفقه الإسلامي (450/3)، سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (340/3)، الفرفور:عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (214/2)، أبو ليل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (497/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (394/3).

[2] - انظر: سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (340/3)، الفرفور:عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (214/2)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (394/3).

[3] - انظر: سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (340/3).

[4] - انظر: المرجع السابق.

[5] - انطر: سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (340/3)، أبو ليل: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (497/3).

3- ومحل العقد في المعاطاة أوسع منه في الإذعان، حيث من الممكن أن يكون محل العقد في المعاطاة من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، أما في الإذعان فمحل العقد غالباً يكون في الضروريات أو الحاجيات ولا يكون في التحسينيات[1].

المذهب الثاني: **الإذعان نوعٌ من المعاطاة**؛ ذهب إليه الزرقا، حيث طريقة تقديم الطلب للاشتراك بعقود المياه والهاتف وغيرها تتم بكتابة الطلب، وهو يشبه المعاطاة، وقطع البطاقات للركوب بالحافلات والقاطرات والطائرات تتم بالمعاطاة[2].

المذهب الراجح:

ترى الباحثة رجحان المذهب الأول القائل **بعدم اعتبار الإذعان نوعاً من المعاطاة** وإنما يلتقي معه بوجوه ويختلف معه بأخرى؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- ما قدم أصحاب المذهب الأول من تفصيل مقنع في اختلاف الإذعان عن التعاطي.

2- جريان الإذعان باللفظ والكتابة والمعاطاة وغيرها من الصيغ، ولو حصرناها في صيغة المعاطاة لما صحت في غيرها.

3- الأمثلة التي ذكرها أصحاب المذهب الثاني من الاشتراك بعقود المياه والكهرباء والهاتف تحدث غالباً بالكتابة وليست بالمعاطاة.

---

[1] - انظر: سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (342/3).

[2] - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (330/1).

المطلب الثالث

عقود الإذعان والاحتكار

يتناول هذا المطلب الحديث عن الاحتكار من حيث تعريفة وحكمه وعلاقته بعقود الإذعان على النحو التالي:

أولاً: تعريف الاحتكار في اللغة والاصطلاح:

تعريف الاحتكار في اللغة:

الاحتكار من حَكَر حَكْراً وهو ادخار الطعام وحبسه والتربص به وقت الغلاء[1].

والحكر القليل من الماء المتجمع، والقليل من اللبن والطعام.

والحَكْر يأتي بمعنى الظلم، فحكره أي ظلمه وتنقصه وأساء له[2].

تعريف الاحتكار في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الاحتكار بتعريفات مختلفة مجملها يدل على حبس الطعام من أجل إغلاء سعره، فاخترت منها تعريفاً واحداً:

عرف الشيرازي -الشافعي- الاحتكار بأنه: "**أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه**"[3].

مناقشة التعريف:

1- التعريف يشير إلى أن الاحتكار فيما يشترى فيخرج من الاحتكار ما يجلب وما ينتج.

2- حدد الشراء في وقت الغلاء؛ ليخرج الشراء وقت الرخص للادخار.

3- بين التعريف أن الهدف من الشراء هو الضرر، حيث قال: "يمسكه ليغلوا ثمنه".

4- أدخل فيه كل احتكار؛ مما يناسب عصرنا الحاضر.

العلاقة بين تعريف الاحتكار في اللغة وتعريفه في الاصطلاح:

نجد أن تعريف الاحتكار في الاصطلاح متحد مع تعريفه في اللغة، إذ عُرف الاحتكار في الاصطلاح بتعريفه في اللغة، مع اختلاف يسير في بعض القيود بناء على وجهات نظر الفقهاء.

---

[1] - انظر: الرازي: مختار الصحاح (91)، الفيومي: المصباح المنير (90)، ابن منظور: لسان اللسان (278/1).

[2] - ابن منظور: لسان اللسان (278/1).

[3] - الشيرازي: المهذب (64/2).

مسألة: ما يقع به الاحتكار:

أولاً: مواطن الاتفاق:

1- اتفق العلماء على أن الجلب من مكان خارج مصرٍ لا يُحمل طعامه إليه، وحبسه لا يكون احتكاراً[1]، لقول النَّبِيِّ ﷺ: "**الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ**"[2]، ولأن الجالب لا يضر بأحد، وإنما ينفع الناس بما جلبه، وتطمئن نفوسهم بوجود الطعام عنده، كما أنه لو منع من حبس ما جلبه امتنع عن الجلب فيضر بالعامة[3].

2- إن اشترى وقت الرخص وحبسه ليبيعه عندما يرتفع ثمنه مع عدم احتياج الناس له لا يعد احتكاراً، لأنه لم يضر بالناس بشرائه، وهو في معنى الجالب[4].

ثانياً: مواطن الخلاف:

إن كانت السلع من داخل المصر، أو من مكان يحمل طعامه إليه، فقد اختلف العلماء فيما يقع الاحتكار عليه على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو يوسف والمالكية إلى أن الاحتكار يقع في كل شيء من قوت وغيره؛ [5].

المذهب الثاني: ذهب محمد من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الاحتكار يقع في قوت الناس، ولا يقع في غيره من عسل وزيت وإدام وغيرها مما لا يقتات به، إلا أن محمداً أضاف أعلاف الحيوانات إلى ما يقع به الاحتكار [6].

---

[1] - وخالف أبو يوسف ما ذهب إليه الجمهور وقال: يعد ذلك احتكاراً، لما فيه من الإضرار بالعامة كما لو اشتراه من داخل المصر. انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (516/6).

[2] - أخرجه الدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب النهي عن الاحتكار، ح2543، (118/2)، وابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، ح2153، (371)، وقد ضعفه كل من الألباني وسيد إبراهيم وعلي محمد علي.

[3] - انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (515/6)، الحطاب: مواهب الجليل (12/6)، الشيرازي: المهذب (64/2)، ابن قدامة: المغني (275/5).

[4] - انظر: الشيرازي: المهذب (64/2)، النووي: روضة الطالبين (78/3)، الشربيني: مغني المحتاج (48/2)، ابن قدامة: المغني (275/5).

[5] - انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (516/6)، الحطاب: مواهب الجليل (12/6).

[6] - انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (516/6)، الشيرازي: المهذب (64/2)، النووي: روضة الطالبين (78/3)، الشربيني: مغني المحتاج (48/2)، ابن قدامة: المغني (275/5)، البهوتي: كشاف القناع (187/3).

القول الراجح:

بالرجوع إلى أدلة الطرفين ومناقشتها[1] يمكن القول بأن المذهب الثاني من حيث الدليل أقوى وأرجح، ولكن هذا الترجيح يصلح قديماً، حيث البساطة واليسر في التعامل، فلا احتكار معتبر إلا لقوت الآدمي؛ لذا كان هذا المذهب راجحاً وقتها.

لكننا بالرجوع إلى مقاصد الشريعة ومعانيها والتقدم العلمي والتجاري، وتعقيد المعاملات التجارية اليوم فترى الباحثة ترى رجاحة ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائل: "**الاحتكار يقع في كل شيء من قوت وغيره**" وذلك لأسباب أهمها:

1- الضرر يقع على العامة بالقوت وغيره، حيث تعدت الضروريات في العصر الحاضر القوت إلى غيره.

2- الحدود الجغرافية بين الأمصار والتنظيم التجاري في كل مصر، جعل الاحتكار يتعدى على الجلب، ولا يقتصر على ما يوجد داخل البلد.

علاقة عقود الإذعان بالاحتكار:

عقود الإذعان قائمة على الاحتكار، لأن الموجب محتكر لمحل العقد احتكاراً يجعل المنافسة معدومة أو محدودة جداً، فيجد القابل نفسه مرغماً للانضمام للعقد، كما يريد الموجب وبشروطه، دون مناقشة أو مساومة، حيث لا يعتبر هذا عقد إذعان دون ذلك[2].

كما ويظهر الاحتكار واضحاً في الشركات التي تتعامل في عقود الإذعان؛ حيث تحتكر السلعة وتتحكم فيها وفي سعرها، وقد تكون هذه السلعة مما يشتد حاجة الناس لها، وهذه الشركات تنطبق عليها أحكام الاحتكار، لذلك توجب على ولي الأمر أن يحد من استغلالهم للناس، ويوضح العقود لهم، ويخفف الضرر عنهم كما بينت عند الحديث عن تدخل الدولة في عقود الإذعان [3].

ومن الملاحظ أن الاحتكار الذي تكلم عنه الفقهاء يختلف عن الاحتكار الذي في عقود الإذعان، حيث تكلم الفقهاء عن حبس السلع ليرتفع ثمنها ويتضرر الناس، أما عقود الإذعان فهي

---

[1] - يرجع للأدلة في كتب الفقه حيث لا مقام لذكرها هنا.

[2] - انظر: الجواهري، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (437/3)، حماد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (359/3)، حمداتي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (465/3)، أبا ليل ومحمد سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (277/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (405/2).

[3] - انظر: حمداتي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (466/3)، الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (414/3).

احتكار من نوع آخر، فليس هناك حبس للسلع؛ فربما تكون الجهة منتجة للسلعة، أو جالبة لها وبكل الأحوال لا تقوم بحبسها عن الناس، وإنما مجرد إنفراد في الإنتاج أو تقديم الخدمة أو الجلب[1].

كما يظهر الاختلاف بين الاحتكار الذي تكلم عنه الفقهاء، والاحتكار في عقود الإذعان، في أن الجالب في عقود الإذعان لا يعد محتكراً؛ فجميع عقود الإذعان التي تجلب من الخارج لا تعد منه.

ولا تعتبر عقود الإذعان احتكاراً على قول من قال إن الاحتكار لا يكون إلا في الأقوات؛ لأنه لو كان في القوت، فيكون في وكالة حصرية ويجلب القوت من خارج المصر، أو يكون المحتكر منتجاً له.

وحسب الرأي الذي يقول إن الاحتكار في كل شيء يؤدي حبسه إلى ضرر بالعامة، فعقود الإذعان لا تضر بالعامة كالاحتكار الذي تكلم عنه الفقهاء، وإنما بمن يريد أن ينضم إليها.

1 - انظر: حماد: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (508/3).

المطلب الرابع

عقود الإذعان وبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان

يتناول هذا المطلب الحديث عن صورتين للبيع، هما بيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان، لعلها تقرب لنا صورة عقود الإذعان.

الفرع الأول: بيع الحاضر للبادي:

المقصود بالبادي:

اختلف العلماء في المقصود بالبادي على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب المالكية في قول لهم والحنابلة إلى أن البادي هو من يدخل البلدة من غير أهلها، سواء أكان بدوياً أو قروياً أو حضرياً من بلدة أخري، ويكون جاهلاً بالثمن، ومن بعث رسولاً بالسلع للحضري؛ [1].

المذهب الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني إلى أن البادي هو العمودي (الذي يعيش في خيمة) من البادية خاصة، ومن يبعث سلعته للحضري ليبيعها لا يكون بيع حاضر لبادي[2]، بدليل حديث ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "**لاَ تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ وَلاَ يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ قَالَ: فَقُلْتُ: لاِبْنِ عَبَّاسٍ مَا قَوْلُهُ لاَ يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ قَالَ لاَ يَكُونُ لَهُ سِمْسَاراً**"[3].

تعريف بيع الحاضر للبادي في اصطلاح العلماء:

اختلفت عبارة الفقهاء في تعريف بيع الحاضر للبادي، ولكنهم اتفقوا على صورته، وهي أن يسأل الحاضر البدوي أن يبيع له سلعته نيابة عنه، واخترت من تعريفاتهم التعريف التالي:

عرف الحطاب –المالكي- بيع الحاضر للبادي بأنه: "**أن يتولى الحاضر العقد أو يقف مع رب السلعة ليزهده في البيع ويعلمه أن السلعة لم تبلغ ثمنها ونحو ذلك**"[4].

---

[1] - انظر: الحطاب: مواهب الجليل (251/6)، ابن قدامة: المغني (598/5)، ابن قاسم: الإحكام شرح أصول الأحكام (141/3)،.

[2] - انظر: الحطاب: مواهب الجليل (251/6).

[3] - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لبادي بغير أجر أو هل يعينه أو ينصحه؟ ح2158، (442).

[4] - الحطاب: مواهب الجليل (250/6).

التعريف المختار:

يمكن تعريف بيع الحاضر بأنه: **أن يزّهد الحاضر جالب السلعة في الذهاب إلى السوق ويرغبه في أن يبيع له بسعر أعلا.**

الفرع الثاني: تلقي الركبان:

معنى تلقي الركبان:

عرف الحطاب –المالكي- تلقي الركبان بأنه: "**أن يخرج من الحاضرة إلى الجلائب التي تساق إليها فيشتري منها**"[1].

علاقة عقود الإذعان ببيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان:

عقد الإذعان حديث لم تتعرض الشريعة للحديث عنه بالاسم، ولكن تعرضت لبعض الصور التي تشبهه، ومن هذه الصور تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي، حيث فيهما معنى الاحتكار في الاستحواذ على السلعة بأقل من ثمن السوق وبيعها بأغلى، وذلك يضر بالحاضر أو البادي، وعقود الإذعان فيها احتكار للسلع، والنهي عن تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي تم لحماية الناس، ورفع ما يقعون به من حرج، لذلك على ولي الأمر أن يقوم بالرقابة على عقود الإذعان لحماية المستهلك[2].

---

1 - الحطاب: مواهب الجليل (252/6).

2 - انظر: الجواهري: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14 (473/3)، الندوي: عقود الإذعان مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع14(406/3).

الخاتمة والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

وتشمل أهم النتائج

ثانياً: التوصيات:

وتشمل أهم توصيات الباحثة

الخاتمة:

أهم النتائج التي توصلت إليها:

بعد دراسة عقود الإذعان خلصت إلى مجموعة من النتائج من أهمها ما يلي:

1- عقود الإذعان حقيقية حسب نظرية العقد في الفقه الإسلامي، وما وقع من خلاف في حقيقتها عند أهل القانون غير معتبر في الفقه الإسلامي.
2- الأصل في عقود الإذعان أنها جائزة، وما يكون غير ذلك فيرجع إلى أمرٍ في العقد لا لكونها من عقود الإذعان.
3- محل عقود الإذعان السلع والخدمات الضرورية التي لا يستغني عنها الناس، ولا يجدون بديلاً عنها.
4- مجالات عقود الإذعان متعددة لا نستطيع حصرها؛ فهي تدخل في الخدمات، والسلع، وغيرها.
5- الإيجاب في عقود الإذعان يختلف عن الإيجاب في غيرها من العقود من حيث إن الإيجاب فيها موحد للجميع، ومعروض بشكل مستمر، وغالباً ما يكون مطبوعاً، والموجب هو الطرف القوي الذي ينفرد في صياغة العقد، ووضع شروطه.
6- القبول في عقود الإذعان يكون بإذعان القابل للعقد، دون تغيير في الشروط أو مناقشتها.
7- يختلف الرضا في عقود الإذعان عنه في العقود الأخرى؛ حيث إن الرضا في عقود الإذعان غير واضح.
8- الاحتكار في عقود الإذعان عند الاقتصادين يختلف عما يقصده الفقهاء.
9- تختلف عقود الإذعان عن الإكراه بنوعيه؛ إذ الإكراه يقع من صاحب سلطة، ويُوقع ضرراً على المكرَه إذا لم ينفذ ما طلبه منه، وهذا لا يكون في عقود الإذعان، فالضرر فيها يكون بعدم انضمام الشخص للعقد.
10- يختلف عقد الإذعان مع بيع المعاطاة، وإن كانت المعاطاة إحدى الوسائل المستخدمة فيه.
11- تلتقي عقود الإذعان مع بيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان من حيث الاستحواذ على السلع وبيعها بثمن أغلى مما لو لم يكن الاستحواذ.

التوصيات:

في ضوء دراستي لعقود الإذعان فإنني أوصي بما يلي:

أولاً: الاهتمام بنشر الموضوعات المستجدة المتعلقة بالتقدم الفني والتكنولوجي، وما يتوصل إليه العلم من مستجدات في هذا العصر في مراحل التعليم الجامعي، وما يليه لتوفير العناصر البشرية القادرة على استيعاب تلك المستجدات والإبداع فيها.

ثانياً: على أولي الأمر في المؤسسات العامة والخاصة مساعدة الباحثين، وتقديم التسهيلات التي يحتاجونها في دراستهم.

ثالثاً: أدعو الجامعات والقائمين عليها إلى مساعدة الطلبة الباحثين في المستجدات وتوفير ما يحتاجون له في بحوثهم؛ لزيادة عدد الدارسين للمستجدات.

رابعاً: أدعو أولي الأمر في الجامعات والمؤسسات المعنية بترجمة ما استجد من البحوث إلى اللغة العربية حتى يسهل الوصول إليها.

خامساً: أوصي إخواني وأخواتي من طلبة الدراسات العليا في الجامعات الفلسطينية باختيار مواضيع دراستهم من المستجدات؛ حتى يتم الكشف عنها، ونكون ممن لهم السبق في دراسة تلك المستجدات.

سادساً: أدعو أصحاب القرار في البلاد الإسلامية للتدخل في رفع الظلم إن وقع في عقد من العقود، سواء كانت عقود إذعان أم غيرها.

سابعاً: أوصي القائمين على المناهج الدراسية بتجديد المناهج كل فترة لاستيعاب ما استجد في المجالات المختلفة.

ثامنا: أدعوا أصحاب القرار في البلاد الإسلامية للتدخل في تفسير الشروط الغامضة لمصلحة الطرف الضعيف.

تاسعاً: أدعوا أصحاب القرار في البلاد الإسلامية للحد من الوكالات الحصرية التي تؤدي إلى ظلم.

الملاحق

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث

فهرس المراجع

أولاً: القرآن وعلومه:

1- القرآن الكريم.

التفسير وعلوم القرآن:

2- البيضاوي: القاضي ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، ت791هـ، تفسير البيضاوي المسمى أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق الشيخ عبد القادر عرفات العشاحسونة، ط1416هـ ـ 1996م، دار الفكر بيروت ـ لبنان.

3- **الزمخشري**: أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**، شرحه وضبطه وراجعه يوسف الحمادي، الناشر مكتبة مصر سعيد جودة السحار وشركاه.

4- **الطبري**: الإمام ابن جرير الطبري ت 310هـ، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** قدم له خليل الميس، ضبط وتخريج صدقي حميد العطار، ط1421،1هـ ـ 2001م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

5- **القرطبي**: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، ت671، **الجامع لأحكام القرآن**، قدم له الشيخ خليل محيي الدين، ط 1424هـ ـ 2003م، دار الفكر بيروت ـ لبنان.

6- **ابن كثير**: الإمام أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق حامد أحمد الطاهر، ط1، 1422هـ ـ 200م، دار الفجر للتراث ـ القاهرة.

ثانياً: السنة النبوية وعلومها:

7- **أبادي**: العلامة أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داوود**، مع تعليقات الحافظ شمس الدين ابن القيم الجوزية، ط 1415هـ ـ 1995م، دار الفكر بيروت.

8- **البخاري**: الإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَردزبَه، ت256، **صحيح البخاري**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط1423هـ ـ 2003م.مكتبة اللإيمان بالمنصورة.

9- **الترمذي**: الإمام الحافظ محمد عيسى بن سورة الترمذي ت 279هـ، **سنن الترمذي وهو الجامع المختصر عن ﷺ، ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل،**

المعروف بجامع الترمذي، حكم على أحاديثه وآثارة وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبها سعيد بن عبد الرحمن الراشد ــ الرياض.

10- **ابن حجر**: الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت852، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ط دار التقوى و مكتبة العلم.

11- **الدارمي**: الإمام الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي، **سنن الدارمي**، حققه وخرج أحاديثه أ. سيد إبراهيم وأ. علي محمد علي، ضبطه د. مصطفى الذهبي، ط1، 1420هـ ــ 2000م، دار الحديث القاهرة.

12- **ابن العربي**: الإمام ابن العربي المالكي، ت543هـ، عارضة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ضبطه صدقي جميل العطار، ط1415هـ ــ 1995م، دار الفكر بيروت ــ لبنان.

13- **ابن ماجة**: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، 209ــ 273، **سنن ابن ماجة**، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه المحدث محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبها سعيد بن عبد الرحمن الراشد ــ الرياض.

14- **مسلم**: الإمام أبو الحسين مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، ت261هـ، **صحيح مسلم**، ط مكتبة الإيمان المنصورة.

15- **النووي**: الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ت676، ط1، 1420هـ ــ 1999م، آفاق للنشر والتوزيع غزة ــ فلسطين.

ثالثاً: كتب الفقه:

أ- كتب الفقه الحنفي:

16- **البابرتي**: الإمام كمال الدين محمد محمود البابرتي، ت786 هـ، **شرح العناية على الهداية**، الموجود في شرح فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، ت681 هـ، على الهداية شرح بداية المهتدي تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغناني، ت513 هـ، ط1، 1397هـ ــ 1977م، دار الفكر بيروت.

17- **السرخسي**: شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ت743، **المبسوط**، ط3، 1398هـ ــ 1978م، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان.

18- **ابن عابدين**: خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، ت 1252هـ، **حاشية رد المحتار**، على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، ط2، 1386هـ ـ 1966م، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ مصر.

19- **الكاساني**: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء، ت587هـ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق وتعليق كل من الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، 1418هـ ـ 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.

20- **الميرغيناني**: شيخ الإسلام برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، ت593هـ، **الهداية شرح بداية المبتدي**، اعتنى بتصحيحه الشيخ طلال يوسف، ط دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان.

21- **النسفي**: الإمام أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، ت710هـ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، والشرح البحر الرائق للإمام زيد الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، ت970هـ، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، ت1252هـ، ضبطه وخرج آياته الشيخ زكريا عميرات، ط1، 1418هـ ـ 1997م، دار الفكر بيروت لبنان.

22- **ابن الهمام**: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي، ت681هـ، **شرح فتح القدير**، على الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ت593هـ، ومعه شرح العناية على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن محمود البابرتي، ت786هـ، وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى، ت945هـ، ط2، دار الفكر بيروت لبنان.

ب- كتب الفقه المالكي:

23- **الحطاب**: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ت954هـ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، ط1، 1416هـ ـ 1995م، دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان.

24- **الدردير**: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى** مذهب الإمام مالك، خرج حديثه د. مصطفي كمال وصفي، ط3، 1410هـ ــ 1989م، دولة الإمارات العربية المتحدة وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف.

25- **الدسوقي**: العلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ت1203، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، والشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، مع تقريرات المحقق الشيخ محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش، ط1، 1417هـ ــ1996م، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان.

26- **ابن رشد**: الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد، ت595هـ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، راجعه وصححه عبد الحليم محمد عبد الحليم ــ عبد الرحمن حسن محمود، ط1، 1412هـ ــ 1992م، دار إحياء التراث العربي بيروت ــ لبنان.

27- **النفراوي**: الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري، ت112هـ، **الفواكه الدواني لرسالة ابن أبي زيد القيراواني**، ط المكتبة الثقافية بيروت.

ج- كتب الفقه الشافعي:

28- **الحصني**: الإمام تقي الدين أبو بكر محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق وضبط وتعليق هاني الحاج ط. المكتبة التوفيقية.

29- **الشربيني**: الشيخ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دراسة وتحقيق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، قدم له د. محمد بكر إسماعيل، ط1، 1427هـ ــ 2006م، دار الكتب العلمية.

30- **الشيرازي**: أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، ت476هـ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، وبذيل صحائفه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي اليمني، ت633هـ، ضبط وتصحيح الشيخ زكريا عميرات، ط1، 1416هـ ــ 1995م، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

31- **الغزالـــي**: الشيخ الإمام حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمــد الغزالـــي، ت 505هـ، **الوسيط في المذهب**، تحقيق أبي عمرو الحسيني بن عمر بـــن عبــد الرحيم ط1، 1422هـ ــ 2001م، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

32- **الماوردي**: الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الحاوي الكبير**، تحقيق محمود مطرجي وآخرين، ط 1414هـ ــ 1994م، دار الفكر للطباعة والنــشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان.

33- **النووي**: الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النـــووي الدمــشقي، ت676هـ، **روضـة الطالبين**، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ محمد معوض، ط. دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

د - كتب الفقه الحنبلي:

34- **البهوتي**: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، راجعه الشيخ هلال مصلحي مصطفى هــلال، ط. 1402هـ ــ 1982م، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان.

35- **ابن تيمية**: نظرية العقد، ط مركز الكتاب للنشر ــ مصر.

36- **ابن قاسم**: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي، ت1392هـ، **الإحكام شــرح أصول الأحكام**، ط2، 1406هـ.

37- **ابن قدامه**: الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه، ت620هـ، **المغني** على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقـــي، ت334هـ، معه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ شمس الـــدين أبـــي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي، ت682هـ، تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب، ود. السيد محمد السيد، ط 1425هـ ــ 2004م، دار الحديث القاهرة.

38- **ابن مفلح**: أبو اسحق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمــد ابـــن مفلـــح الحنبلي، ت884هـ، **المبدع شرح المقنع**، تحقيق محمد حـــسن محمـــد حـــسن إسماعيل الشافعي، ط1، 1418هـ ــ 1997م، دار الكتب العلمية.

رابعاً: كتب المذهب الظاهري:

39- **ابن حزم**: الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، **المحلى بالآثار**، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البداري، ط1، 1425هـ ـ 2003م، دار الكتب العلمية.

خامساً: كتب الفقه الحديثة:

40- **البعلي**: عبد الحميد محمود البعلي، **ضوابط العقود**، ط1، دار التوفيق النموذجية للطباعة، الناشر مكتبة وهبة ــ مصر.

41- **البوطي**: محمد سعيد رمضان البوطي، **قضايا فقهية معاصرة**، ط5، 1414هـ ــ 1994م، مكتبة الفارابي دمشق ــ سوريا.

42- **الجمال**: غريب الجمال، **التأمين التجاري والبديل الإسلامي**، ط. دار الاعتصام.

43- **حسين**: أحمد فراج حسين، **الملكية ونظرية العقد**، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة العباسية، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية.

44- **الدريني**: محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط4، 1408هـ ــ 1988م، مؤسسة الرسالة.

45- **رحال**: علاء الدين حسين رحال، **ضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية**، ط1، 1422هـ ــ 2002م، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن.

46- **الزحيلي**: وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط4، 1418هـ ــ 1997م، لدار الفكر بيروت ــ لبنان.

47- **الزرقا**: مصطفى أحمد الزرقا، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام**، ط3، 1967-1968م، دار الفكر.

48- **أبو زهرة**: محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، ط. دار الفكر العربي.

49- **السيد**: محمد زكي السيد، **نظرية التأمين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للتأمين فكراً وتطبيقاً**، ط1، 1406هـ ــ 1986م، دار المنار للنشر والتوزيع.

50- **شبير**: محمد عثمان شبير، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط2، 1418هـ ــ 1998م، دار النفائس الأردن.

51- **شويدح**: أحمد ذياب شويدح، **المعاملات المالية المعاصرة في الشريعة الإسلامية**، ط2، 1423هـ ــ 2003م، المركز الدولي للنشر غزة.

52- **عتر**: نور الدين عتر، **المعاملات المصرفية والربوية وعلاجها في الإسلام**، ط3، 1398هـ ــ 1978م، مؤسسة الرسالة بيروت ــ لبنان.

53- **بوعود**: أحمد بوعود، **فقه الواقع أصول وضوابط**، ط1، 1426هـ ــ 2006م، دار السلام للطباعة والنشر.

54- **القرضاوي**: يوسف القرضاوي، **السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها**، ط1، 1421هـ ــ 2000م، مؤسسة الرسالة.

55- **آل محمود**: عبد اللطيف محمود آل محمود، **التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية**، ط1، 1414هـ ــ 1994م، دار النفائس.

سادساً: كتب أصول الفقه:

56- **الأرموي**: سراج الدين محمود بن أبو بكر الأرموي، ت682هـ، **التحصيل من المحصول**، دراسة وتحقيق عبد الحميد علي أبو زيد ط1، 1408هـ ــ 1988م،مؤسسة الرسالة.

57- **البزدوي**: الإمام علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري ت730هـ، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، وضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر ط1، 1418هـ ــ 1997م، دار الكتب العلية بيروت ــ لبنان.

58- **السبكي**: شيخ الإسلام علي عبد الباقي السبكي، ت756هـ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، ت771هـ، **الإبهاج في شرح المنهاج** على منهاج الوصول إلى علم الأصول القاضي البيضاوي ط1، 1404هـ ــ 1984م، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

59- **الشاطبي**: أبو اسحق الشاطبي وهو إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، ت790هـ، **الموافقات في أصول الشريعة**، ط1، 1411هـ ــ 1991م، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

60- **الشافعي**: الإمام محمد بن ادريس الشافعي 150ــ 204هـ، **الرسالة**، بخط الربيع بن سليمام كتبه في حياة الشافعي، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ط2، مكتبة دار التراث القاهرة.

سابعاً: كتب القواعد الفقهيه:

61- **السيوطي**: الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، **الأشباه والنظائر في الفروع**، ط دار الفكر للطباعة والنشر.

ثامناً: كتب اللغة والمعاجم:

62- **الجرجاني**: علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي، ت816هـ، **كتاب التعريفات**، ط1، 2007م، شركة القدس للتصدير.

63- **الرازي**: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، ط1، 1421 هـ ــ 2000م، دار الحديث القاهرة.

64- **الزبيدي**: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق د. عبد العزيز مطر، مراجعة عبد الستار أحمد فراج، ط 1390هـ ــ 1970م، دار الهداية للطباعة والنشر والتوزيع.

65- **ابن زكريا**: أبو الحسين أحمد بن زكريا، ت395هـ، **معجم المقاييس في اللغة**، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، ط دار الفكر للطباعة والنشر.

66- **العسكري**: الإمام الأديب اللغوي أبو هلال العسكري، **الفروق في اللغة**، ط5، دار الآفاق الجديدة.

67- **الفيومي**: أحمد بن علي الفيومي المقرئ، **المصباح المنير** معجم عربي عربي ط1، 1421هـ ــ 2000م، دار الحديث القاهرة.

68- **الفيروز أبادي**: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي، **القاموس المحيط**، ط 1398هـ ــ 1978م، دار الفكر بيروت.

69- **ابن منظور**: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، ت711هـ، **لسان العرب**، حققه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم منشورات محمد علي بيضون ط1، 1424هـ ــ 2003م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

70- **ابن منظور**: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، ت711هـ، **لسان اللسان تهذيب لسان العرب**، تم تهذيبه بعناية المكتب الثقافي لتحقيق الكتب، إشراف أ. عبد علي مهنا، ط1، دار 1413هـ ــ 1993م، الكتب العلمية بيروت ــ لبنان.

تاسعاً: المجلات والدوريات:

71- **مجمع الفقه**: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر العدد الرابع عشر، 1425هـ ــ 2004م، ط على نفقة مصرف قطر الإسلامي.

72- **وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت: الموسوعة الفقهية**، ط1، 1414 هـ ـ 1994 م، لمطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ج. م. ع.

عاشراً: كتب القانون:

73- **ترك**: محمد عبد الفتاح ترك، **التحكيم البحري النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري**، ط دار الجامعة الجديدة للنشر ـ الإسكندرية.

74- **حسين**: د. محمد عبد الظاهر حسين، **العقود المسماة عقد الإيجار ـ عقد التأمين**، ط 2006م. لم يظهر اسم المطبعة ولا بلدها.

75- **الداوودي**: غالب علي الداوودي، **شرح قانون العمل وتعديلاته دراسة مقارنة مع ملحق بالنصوص وأخر التعديلات**، ط3، 2004م، دار وائل للنشر عمان ـ الأردن.

76- **السباعي**: شكري أحمد السباعي، **الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن**، ط4، 1415هـ 1994م، دار النشر المعرفية الرباط.

77- **السنهوري**: عبد الرزاق أحمد السنهوري، **شرح القانون المدني**، ط المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية بيروت ـ لبنان.

78- **السنهوري**: عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، ط المجمع العلمي العربي الإسلامي.

79- **الشريف**: تأليف عليان الشريف ـ مصطفى حسين سلمان ـ رشاد العصار **القانون التجاري مبادئ ومفاهيم**، ط1، 1421هـ ـ 2000م، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

80- **عبد التواب**: معوض عبد التواب، **مدونة القانون المدني يشمل على القانون المدني معلقاً عليه بأحكام النقض الحديثة وبالمقارنة بالتشريعات الدولية العربية**، ط دار الثقافة للطباعة والنشر ـ القاهرة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حزي وشرركاه.

81- **عبد الرحمن**: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل**، ط. المطبعة العربية الحديثة ـ القاهرة.

82- **العريني**: محمد فريد العريني، **القانون الجوي النقل الجوي الداخلي والدولي**، ط 2004م، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.

83- **المصري**:عباس مصطفى المصري، **عقد الحساب الجاري الضوابط القانونية والشبهات الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط. دار الجامعة الجديدة للنشر.

84- **مصطفى**:أحمد بركات مصطفى، **العقود التجارية وعمليات البنوك دراسة في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999م**، ط1، 2005م. ــ 2006م، دار النهضة العربية ــ القاهرة.

الحادي عشر: كتب الاقتصاد:

85- **خلف**: فليح حسن خلف، **البنوك الإسلامية**، ط1، 2006م، جدارا لكتب العالمي عمان ــ الأردن، عالم الكتب الحديث.

الثاني عشر: مواقع الانترنت:

86- **بوابة البنوك**: http://banksgate.com/vb/archive/index.php?t-3274.html

87- **جامعة الكويت**:law.kuniv.edu.kw/mashael/fc%20Handout%202.doc

88- **جريدة الشرق الأوسط**: http://www.aawsat.com/details.asp section=58&article=38549 4&issueno=10171

89- **مؤتمر القضاء والتأمين**: 28-2002/8/30م. ورقة عمل مقدمة من حمزة حداد، مركز القانون والتحكيم عمان ــ الأردن http:www.lac.com.joresear26.htm

90- **موقع الأسواق العربية**: www.alaswaq.net

91- **الموسوعة العربيه**: www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func= display_term&id=14913 - 40k

فهرس الموضوعات